

أصول الفقه في الفقه

على مذهب الإمام مالك

مؤلفه محمد بن هارث الشافعي

الشيخ محمد المجرب و. محمد أبو الحسن و. عثمان بطنج
حَقَّقَهُ وَوَضَعَ نَظْمَهُ

المؤسسة الوطنية للكتاب

الدار العربية للكتاب

أُصُولُ الْفِقْهِ فِي الْفِقْهِ عَلَى مَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ

محمَّد بن همارش الحنفي

المتوفى حوالي سنة 361

الشيخ محمد المجرب د. محمد أبو اليفان د. عثمان بطيخ
حَقَّقَهُ وَعَلَّقَ عَلَيْهِ

المؤسسة الوطنية للكتاب

الدار العربية للكتاب

© جميع الحقوق محفوظة دار العربية للكتاب

1985

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الاهْتِدَاءُ

إِلَى كُلِّ الَّذِينَ أُشْرِقَتْ فِي قُلُوبِهِمْ أَنْوَارُ الْهُدَايَةِ
فَدَخَلُوا فِي دِينِ اللَّهِ أَفْوَاجًا فِي هَذَا الْعَصْرِ الَّذِي
تَنَالَتْ فِيهِ تَوَلَّى الشَّرِّ، وَيُظْهِرُ الْفُسَادَ، وَيَعْصِفُ الْإِلْحَادَ..
إِلَى هَؤُلَاءِ الْمُؤْمِنِينَ الْمُهْتَدِينَ الْمُعْتَرِّضِينَ بِالْإِسْلَامِ الْمُقْتَضِينَ
بِسُوءِ مَبَادِئِهِ، السَّاعِينَ لِلتَّعَشُّقِ فِي دِرَاسَةِ أَحْكَامِهِ..
نَقَدْنَا هَذَا الْأَثَرِ الْفَقْهِيَّ الْفَقِيرَ الَّذِي يُعَدُّ مِنْ أَرْكَانِ
الْعُقَاةِ الْعَالَمِيَّةِ لِمُرْكَزَيْنِ مِنْ مَرَاكِزِ حَضَارَتِنَا الْإِسْلَامِيَّةِ
الْمَزْدَهَرَةِ فِي الْقَرْنِ الرَّابِعِ، الْقَائِمَيْنِ وَاقْرَأُوا طَبْعَةً.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحابه

تقديم

الحمد لله الذي بدأ تنزيل قرآنه بقوله « اقرأ » ، ثم علم الانسان البيان وسخر له الليل والنهار والأنعام .

الحمد لله الذي أرسل رسوله هاديا ومبشرا ونذيرا .

والصلاة والسلام على رسوله القائل : « العلماء ورثة الأنبياء » .

نعم : إن نظرة واحدة على البحر الزاخر بين المؤلفات في الشريعة الاسلامية بمختلف فروعها فتها وتفسيرا وحديثا وأصولا ، وغير ذلك ، تبين مدى صدق حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلم يترك هؤلاء الفقهاء أمرا من أمور الدين أو الدنيا إلا ووضعوا لها الحلول وألفوا فيها الكتب ، وصنفوا فيها المصنفات . ويعجز الكاتب أن يحصي مجموع ما ألفه علماء هذه الأمة خلال أربعة عشر قرنا من الزمان : فاذا تصورنا أن في مكتبة برلين الغربية من المخطوطات الاسلامية ما تتكون فهارسها فقط من سبعة مجلدات ضخمة ناهيك عن المخطوطات في مختلف المكتبات العالمية والمكتبات الخاصة ، وإذا أضفنا إلى ذلك ما طبع من الكتب ، أدركنا بلا شك عدد علمائنا الذين أثروا هذه المكتبات بمؤلفاتهم وأيقنا أن هذه الأمة انجبت وتنجب وستبقى تنجب باذن الله من يبنون صرح نهضتها في جميع المجالات الى ان يرث الله الأرض ومن عليها .

والذي يزيدني يقينا في هذا الأمر ، هو ما لمست في أثناء زيارتي لتونس لحضور الندوة التي عقدت بمناسبة مرور ثلاثة عشر قرنا على تأسيس جامع الزيتونة والتي بدأت في 25 محرم الحرام 1400 الموافق 15 ديسمبر 1979 حيث قابلت مجموعة من الشباب حريصة على تراثها متحمسة لبعثه وأحيائه ونشره كي تعم الفائدة به ، لأن الحاضر جزء من الماضي وأساس للمستقبل ، وهذا الحماس لآحياء التراث الديني - الذي هو أساس الأمة الفكرية - ضروري لتحقيق النهضة وإعادة المجد اذ لا نهضة لهذه الأمة إلا بالرجوع إلى دينها عقيدة ومنهجها ونظام حياة ، وما دامت الأمة منقطعة مبتعدة عن ذلك فستبقى تتخبط في متاهات أفكار الأمم الأخرى دون أن تصل الى نتيجة ترفع قدرها أو تنهضها ، بل ستبقى في دوامة الى يوم يبعثون .

ولكن الأمل بالله تعالى أن يكون في عون الشباب المسلم ليحمل الأمانة ويؤديها كما أداها السلف الصالح باذن الله .

ومن قابلتهم بتونس الأساتذة محمد أبو الأجفان ومحمد المجدوب وعثمان بطيخ الذين أطلعوني على كتاب « أصول الفتيا » هذا ، ورغم أنه لم يكن لدي الوقت لقراءته كله فاني أمت بفكرة عامة عنه .

وهو كتاب قيم - دون شك - يستحق ما بذل من جهد ليس بالقليل ، بذله الأساتذة في سبيل نشره وتحقيقه وإخراجه الى متناول القراء والباحثين ، وهو جهد يشكرون عليه ويستحقون عليه أن يدعى لهم بالتوفيق والسداد .

فهذا الكتاب يبحث في أصول الفتيا ، ويبدو فيه واضحا أن أبا عبد الله محمد بن حارث الخشني مؤلف الكتاب كان من اسباب تأليفه له إعانة المفتين حيث قعد القواعد الفقهية ، وذكر مع شيء من المقارنة أقوال مختلف علماء المالكية ، وإذا أضفنا الى ذلك جمال تنظيمه وحسن تبويبه ، واعتماده على آراء العلماء المشاركة والمغاربة أيقنا بأهمية هذا الكتاب وضرورة إخراجه ليستفيد منه المفتي والقاضي وطالب العلم والفقيه .
ولذا فان هذا الكتاب سيثري المكتبة بشيء جديد هام .

ولاشك أن سبيل تحقيق الكتب هو سبيل الحق ، وهو الذي نحتاج الى سلوكه في العالم الاسلامي .

ونأمل أن يُزودنا الأساتذة محمد أبو الأجفان ومحمد المجدوب وعثمان بطيخ بانتاجهم في أقصى المشرق في الخليج العربي وفي دولة الامارات العربية المتحدة ، لتعاون معا ، خدمة للشريعة الاسلامية ونشرا لمذهب الامام مالك رضي الله عنه .

مرة أخرى لا بد من الشناء على الجهود التي بذلها المحققون لهذا الكتاب الفقهي الهام .

وأرجو لهم التوفيق والسداد .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

تونس في 1 صفر 1400 الموافق 20 ديسمبر 1979

أحمد عبد العزيز آل مبارك

رئيس القضاء الشرعي بدولة الامارات العربية المتحدة

رموز وإشارات

مخطوط .	-	مخ
للتاريخ الهجري .	-	هـ
وجه ورقة مخطوط .	-	أ
ظهر ورقة مخطوط .	-	ب
متوفي .	-	ت
بين رقمين يكون الأيمن لجزء من كتاب والأيسر للصفحة .	-	/
وبين كلمتين في نص أصول الفتيا لبداية صفحة من المخطوط المعتمد .	-	
لما كان مطموسا أو غير واضح من النص ولم يتدارك .	-
لحصر ما تداركناه من النص واقترحناه .	-	[]
وللعناوين التي أعطيناها للمسائل .	-	
وبالهامش لحصر رقم الورقة من المخطوط الذي اعتمدناه في التحقيق .	-	
المصدر نفسه المستعمل بالتعليق السالف .	-	ن ، م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الحمد لله رب العالمين ، باعث الرسل مبشرين ومنذرين ، ومرشدين الى المنهج القويم ،
والصلاة والسلام على رسوله المصطفى محمد بن عبد الله خاتم النبيين ، وإمام المرسلين ،
الذي بلغ وحى ربه ، وبين قواعد دينه ، وأوضح طريق الحق ، وأمن علماء أمته عبر العصور
على شريعة الله سبحانه ، واعتبرهم خلفاءه في توضيح معالمها للناس ، وبيان أحكامها لهم
ضمانا لخلود الدين ، وسيادته في مجالات الحياة .

وبعد ، فان أئمة المذاهب الفقهية وأعلامها قد خدموا فقهننا الاسلامي - في مجال التدوين
والتصنيف - أجل خدمة ، وتركوا لنا ثروة عظيمة من الكتب المفيدة التي تيسر الاطلاع
على الأحكام الشرعية ، وتبشر طريق القاضي والمفتي وسائر الذين يتولون خططاً شرعية ،
وتهدي كل مسلم في ميدان عباداته وفي ميدان معاملاته .

وقد اختلفت طرق تأليف هذه الكتب وتباينت ، وتدرجت مستوياتها وتفاوتت ، مما يسهل
على الطلبة الاستفادة منها ، وبما يتيح للقارئ والدارس أوسع مجال للاختيار .

ولعل من أهم طرق التأليف الفقهي الطريقة التي تنزع الى إبراز أصول المسائل وإلى
التنظير بين بعض الفروع وإلى تقديم الكليات الفقهية ، وإلى الإشارة إلى بعض
الفروق

وهي الطريقة التي توخاها محمد بن حارث الحشني الذي عرفه رواد الثقافة الاسلامية علما بارزا من مؤرخي الأندلس في القرن الرابع يهتم بمختلف طبقات العلماء ويروي ما يتعلق بشخصياتهم ، ويلقي كاشف الأضواء على حياتهم .

وهي الطريقة التي انصهر فيها ميل صاحبها الى محاولة تفعيد القواعد الفقهية وميله الى المقارنة بين أقوال علماء المذهب المالكي ، وتبلور فيها حرصه على إعانة المفتين ... كما تجلى فيها تأثره بنزعة التأريخ والرواية ، إلى جانب شغفه بالنظر واستعمال العقل .

ونحن قد لاحظنا امتياز كتاب (أصول الفتيا) بهذه الطريقة ، وبحسن التنظيم والتبويب للمسائل ، وبالعزوف عن التوغل في التفريع والافتراض .

وقد رأينا اعتماد أعلام المؤلفين من فقهاء المشرق كابن شاس ، ومن فقهاء المغرب كابن غازي ، ومن فقهاء الأندلس كابن عاصم (شارح تحفة أييه) ، على أقوال ابن حارث ورواياته الواردة في (أصول الفتيا)

وأما بجدوى هذا الكتاب إذ يصلح أن يكون من مصادر الباحثين في فقه المدرسة المالكية يرشدهم خاصة الى أصحاب الأقوال ... وأن يكون معينا للطلبة على معرفة أهم مسائل الباب الفقهي ، وأن يدل كل قارئ مسلم الى أحكام دينه في كل شؤون الحياة التي يحتاج فيها الى معرفة المنهج الرباني ...

وقدّرنا أن التبويب الذي جاء في هذا الكتاب ، مراعيًا أحيانًا النظائر وقائما أحيانا على بعض الضوابط الجامعة للمسائل ، يمكن أن يرشد الدارسين الى جوانب فقهية جديدة بالدرس يكون الباب الذي عرضها في هذا الكتاب منطلقا لبحثها وجمع مسائلها من الأمهات .

وعرفنا أن هذا الكتاب لم يكن في مستوى الأمهات التي توسعت وأطنبت ولا في مستوى المصنفات التي أوجزت فأخلت ، وإنما كان مراعيًا - بصفة خاصة - إبراز الأصول التي تقوم عليها الفتوى والتي تعين المجتهدين وتفيد الطلبة وسائر القراء ...

لكل هذه الاعتبارات الدالة على قيمة هذا الأثر الفقهي بين المصنفات الفقهية ، عزمنا على تحقيقه والتعليق على مسائله والعمل على نشره حتى يكون بين أيدي المختصين والشغوفين بالمعرفة الفقهية .

أما طريقة عملنا فهي التالية :

بعد الدراسة التمهيديّة التي عرفنا فيها بشخصية المؤلف محمد بن حارث وبكتابه « أصول الفتيا » من حيث منهجه ومحتواه وتأثيره في كتب الفقه المالكي التي جاءت موالية له ، بعد هذا ، تناولنا نصوص مسائل الكتاب :

- فحققناها

- وقسمناها إلى أجزاء

- واستنبطنا لكل جزء عنوانا مناسباً ، يكتب بخط أسود بين عاقفتين في سطر مستقل يشير إلى فحوى المسألة .

- وجعلنا لكل جزء رقماً .

- واخترنا أن تتصاعد أرقام المسائل وتدرج من أول الكتاب إلى آخره .

- وشرحنا المفردات الاصطلاحية بالهامش .

- ودعّمنا بعض الأحكام التي أوردها المصنف بأدلتها من القرآن والسنة .

- وتوسعنا - قليلاً - في بيان ما أجمله من المسائل بالاعتماد على أهم الكتب المالكية ، التي تناولت تلك المسائل بتفصيل أكثر ، حتى نتيح للقراء غير المختصين فائدة أكثر ونغنيهم عن العودة إلى المصادر الأخرى لمزيد الاستيضاح .

على أننا اكتفينا بالإشارة إلى المصادر التي تناولت المسألة ، في حالة ما إذا وجدنا تطابقاً بين ما ذكر ابن حارث وما ذكر غيره ، وفي حالة ما إذا تناولها غيره بتفصيل مسهب :

ففي الحالة الأولى نحيل على المصدر مجرد إحالة .

وفي الثانية ننبه الى التفصيل الوارد في المصدر المحال عليه .

وحرصا منا على نص المؤلف ووفاء بالأمانة حافظنا على ما اختاره ابن حارث من الألفاظ التي عمد إلى استعمالها وهي قليلة التداول مثل السهمان (جمع سهم) وغيب (جمع غائب) .

ووضعنا للكتاب الفهارس المناسبة التي تسهل التناول وتعين القارئ وترشد الباحث إلى مواطن بغيته .

وأملنا أن نتدارك النقص في هذا العمل البشري بفضل ما يقدمه إلينا أهل الذكر من ملاحظات لا غنى لنا عنها ، ونحن نسلك درب البحث الفتحي ، وهو شاسع الآفاق بعيد المدى ، يحتاج سالكه إلى المراجعة والتأمل والضبط .

وفقنا الله جميعا إلى الصواب وألهمنا السداد إنه سميع مجيب .

المحققون

ابن حارث وكتابه « أصول الفتيا » *

تمهيد

أسس الامام مالك بن أنس مذهبه بالمدينة المنورة ، وكان أصحابه من أقطار اسلامية مختلفة ، مما يسر لهذا المذهب الانتشار شرقي المدينة وغربيها ، وقد امتدت شبكة المراكز الغربية بمصر وافريقية ، وبلاد المغرب ، والأندلس .

وبعد أن تعاون المركزان المصري والأفريقي على ابراز الأثر الرئيسي المعتمد في المذهب وهو (المدونة الكبرى) (2) في عهد التفريع الذي عرف نشاط أصحاب الاجتهاد المقيد من علماء المالكية في القرنين الثاني والثالث بعد هذا ، دخلت الحركة الفقهية المالكية عهد التطبيق بعد أن احتاجت الثروة التشريعية الى شيء من التمحيص والتصفية والترتيب والتهذيب .

وهذا ما قام به رجال هذا العهد الجديد ابتداء من النصف الثاني للقرن الثالث : حيث أحصوا الأقوال في المذهب ، وضبطوا مواطن الاتفاق والاختلاف وحرروا عبارات الفقهاء .

(*) اعتمدنا مقال محمد أبي الأجنان (من الآثار الفقهية لابن حارث : أصول الفتيا) المنشور بالشرة العلمية للكلية الزيتونية للشريعة وأصول الدين (العدد 4 السنة الرابعة - السنة الجامعية 1976 - 77) ص 373 - 394 مع قليل من التصرف .

(2) تلقى الامام سحنون الافريقي (الأسدية) عن أسد بن الفرات ثم ارتحل الى المشرق وأخذ عن عبد الرحمن ابن القاسم العتقي المصري ، وعارضه بما عنده من مسائل الأسدية ودون إجاباته عن أسئلته فبرزت « المدونة » . ينظر : ابن خلدون : المقدمة (علم الفقه وما يتبعه) ص 375 نشر دار المصنف بالقاهرة .

وكان منهم المؤلف في النوازل والفتاوى كابن سحنون (3) المتوفى سنة 256 هـ والمختصر للمدونة كابن أبي زيد القيرواني المتوفى سنة 386 هـ . والمؤلف في الأحكام والقضاء كابن أبي زمنين القرطبي المتوفى سنة 399 هـ صاحب كتاب (المنتخب) وكتاب (أصول الوثائق) ، ومنهم الذي يختص أبوابا بالتأليف مثل يحيى بن عمر المتوفى سنة 289 هـ في كتابه (أحكام السوق) (4) الذي سبق به الى الاهتمام بأحد الميادين الراجعة الى نظر المحتسب ، ومنهم من اعتنى بالجانب التربوي كابن سحنون المذكور ، في كتابه (آداب المعلمين) (5) وأبي الحسن القاسبي المتوفى سنة 403 هـ في (الرسالة المفصلة لأحوال المتعلمين وأحكام المعلمين والمتعلمين) (6) ، ومنهم المهتم بموطأ الامام مالك بن أنس كأبي الوليد الباجي المتوفى سنة 474 هـ فقد شرحه في كتابه (الاستيفاء) ثم استخرج من هذا الشرح (المنتقى) كما اختصر روايات الموطأ (7) .

وهناك من اهتم بالتاريخ والترجمة لعلماء المذهب كأبي العرب محمد بن أحمد بن تميم القيرواني المتوفى سنة 333 هـ صاحب (طبقات علماء افريقية) (8) وكالقاضي أبي الوليد ابن الفرضي القرطبي المتوفى سنة 403 هـ صاحب (تاريخ العلماء والرواة للعلم بالاندلس) (9) (10) .

في هذا العهد من عهود النشاط العلمي للمذهب المالكي ، عاش محمد بن حارث ، وانشج كتباً مثلت أحد روافد التراث الاسلامي .

وسنعرض ترجمة ابن حارث للتعريف به ، ثم نتحدث عن كتابه « أصول الفتيا » .

(3) تشير الى (اجوبة ابن سحنون) التي تعددت نسخها الخطية ومنها نسخة بالمكتبة الوطنية بتونس رقمها 18668 ونسخة بالاسكوريال رقمها 1162 .

(4) نشر بتونس بتحقيق المرحوم حسن حسني عبد الوهاب ومراجعة الاستاذ فرحات الدشراوي سنة 1975 .
(5) نشر مصنف ابن سحنون والقاسبي ضمن كتاب الدكتور احمد فؤاد الاهواني (التربية في الاسلام) سلسلة (دراسات في التربية) - دار المعارف بمصر سنة 1975 .

(7) الشيخ مخلوف : شجرة النور الزكية 120/1 - 121

(8) نشرته الدار التونسية للنشر بتحقيق الدكتور علي الشابي ومن معه سنة 1968 سلسلة (نفائس المخطوطات) .

(9) نشره عزت العطار الحسيني بمصر سنة 1954 سلسلة (من تراث الاندلس 3) .

(10) اغلب العلماء الذين ذكرناهم لهم مؤلفات ، غير التي عرضناها في مواضيع اخرى ، وانما اقتصرنا على ذكر هذه النماذج لتقديم لمحة موجزة عن طور التطبيق في حياة المذهب المالكي وهو الطور الذي عاشه ابن حارث .

من هو ابن حارث ؟ :

هو محمد بن حارث بن أسد الحشني ، يكنى أبا عبد الله (11) ولد بالقيروان أواخر القرن الهجري الثالث .

وهو أحد الذين استفادوا من علماء أكثر من مركز من المراكز الثقافية المنتشرة في ربوع العالم الاسلامي إذ تلقى العلم بالقيروان - حيث نشأ وترعرع - ثم انتقل الى الأندلس وعمره اثنا عشر عاما وذلك سنة 311 هـ (12) .

فمن شيوخه بالقيروان أحمد بن نصر ، وأحمد بن زياد ، وأحمد بن يوسف ، وابن اللباد ، والمسي .

ومن شيوخه بقرطبة محمد بن عبد الملك بن أيمن ، وقاسم بن أصبغ ، وأحمد بن عبادة ، ومحمد بن لبابة ، والحسن بن سعد .

هؤلاء الشيوخ كانوا من أعلام المذهب المالكي ، ومنهم من امتاز بميله الى النظر دون التقليد وهو أحمد بن زياد الفارسي (13) المتوفى سنة 319 هـ .

ومنهم من امتاز بنزعه الى الترجيح في الفتاوى من غير تقيد بالمذهب وهو محمد بن يحيى ابن لبابة (14) المتوفى سنة 336 هـ .

وهما - بذلك - يمثلان تيارا يعتمد النظر الفثهي ويجنح الى لون من الاجتهاد .

(11) ابن الفرضي : تاريخ العلماء 114/2

(12) هكذا قال عياض في ترتيب المدارك 531/4

أما ابن الفرضي فيذهب الى ان انتقاله الى الاندلس كان سنة 312 هـ .

وذكر مخلوف في الشجرة ان الانتقال كان سنة 310 هـ - انظر ص 95 .

وهذا بعيد لان احمد ابن عبادة رأى ابن حارث في مجلس ابن نصر بالقيروان سنة 311 هـ كما سيأتي .

(13) الف في الوثائق عشرة اجزاء . وحلاه ابن فرحون بقوله : (كان فقيها نبيلاً ثقة) الديباج 37 .

(14) له تأليف في الفقه والوثائق وكان قد رحل من الاندلس الى القيروان ليتلقى عن عالمها حماس بن مروان .

وحلاه ابن فرحون بقوله : (كان من احفظ أهل زمانه للمذهب عالماً بعقد الشروط بصيراً بعلمها) الديباج ص

251 .

ومنهم من يتقيد بالمذهب ويحفظ مسائله كأحمد بن نصر الهواري المتوفى سنة 319 هـ وقد كان الى جانب الحفظ من أحذق المناظرين (.... فقيه الصدر جيد القريحة حسن الكلام في الفرائض والوثائق صحيح المذهب حاضر الجواب) (15) .

ولا عجب أن يبدو تأثر ابن حارث بشيوخه القيروانيين والقرطبيين ، وخاصة في حذق المناظرة التي تستدعي ذكاء وسعة اطلاع واستحضار الأدلة التي تدعم الأحكام والأصول التي تنبني عليها

وقد بدا نبوغه المبكر في هذا الميدان قبيل انتقاله الى الاندلس فقد نقل المعيطي ان أحمد ابن عبادة الرعيني رأى (محمد بن حارث بالقيروان سنة 11 (يعني 311 هـ) في مجلس أحمد بن نصر وهو شعلة يتوقد في المناظرة) (16) .

وهذا يدل على استعداد فطري هياً له المناخ العلمي بافريقية والاندلس ان يؤتي ثماره التي سنراها فيما يلي .

وقد قصد ابن حارث مدينة سبته قبل سنة 320 هـ فاعجب أهلها بشخصيته العلمية ، واستبقوه بينهم فترة حتى يستنبروا بعلمه ، ويتفقه عليه طائفة منهم (17) ، وهو الذي حقق قبلة جامع سبته بعد ان وجد فيها تغريباً ، فامثل السبتيون رأيه وشرقوها ، كما ذكر ابو الفرج الجياني في تاريخه .

ثم عاد الى الاندلس ، وبعد ان تردد في كور الثغور استقر بقرطبة (18) الى ان توفي بها (19) ودفن بمقبرة مومرة (20) .

(15) ن ، م 34

(16) ابن الغرضي : تاريخ العلماء 115/2 . عياض : المدارك 532/4 .

(17) المدارك 531/4 .

(18) ن ، م . الديباج ص 259 .

(19) يذكر مترجموه ان وفاته كانت سنة 361 هـ ويعرض عياض رواية لابن عفيف تقول ان وفاته سنة 364 هـ ولكنهم يذكرون أنه ادرك ايام ابن أبي عامر ، وهذا أصبح يتصرف في شؤون الدولة سنة 366 هـ مما يدل على ان ابن حارث قد عاش بعد سنة 364 هـ .

والغريب ان ياقوت الحموي ينقل عن الحميدي ان ابن حارث مات في حدود 330 هـ (معجم الادباء 111/18 ط دار المستشرق بيروت) .

هذا وإلى جانب الميدان الفقهي الذي برع فيه ابن حارث فإنه قد برز في :

- التاريخ والتراجم : فقد (كان عالما بالأخبار واسماء الرجال) (21) كما يقول ابن فرحون .

وقد ألف في تاريخ القضاة بقرطبة (22) ، وتاريخ علماء الأندلس وطبقات فقهاء المالكية .

ورواياته التاريخية يعتمد عليها بعض مؤرخي المذهب كأبي العرب في طبقاته وابن الفرضي في تاريخه وأبي سعيد بن يونس في تاريخه والدباغ في المعالم ، وابن حيان القرطبي في (المقتبس من انباء أهل الأندلس) وعياض في مداركه ...

- ميدان الشعر : فقد وصفوه بالشاعر البليغ ولكن عابوا عليه لحنه (23) .

- صناعة الكيمياء ، وصناعة الأدهان التي تعاطى تجارتها بعد موت الأمير الحكم الثاني المستنصر بالله (24) .

وقد تولى من الخطط في عهد هذا الخليفة الأندلسي المواريث بمدينة (بجاية) (25) كما تولى الشورى بقرطبة .

أما الزركلي فيذكر أنه توفي بعد سنة 366 هـ وينقل عن ابن التبيان أن وفاته كانت سنة 371 وعن تذكرة الحفاظ 196/3 أن تقدير وفاته سنة 371 لقولهم أنه عاش بعد المستنصر (الأعلام 303/6 - الأصل والهامش) .
(20) ابن الفرضي 115/2 .

ومقبرة مومرة بقرطبة دفن بها كثير من العلماء مثل محمد بن سعيد الحضري 364 هـ . وعمر بن مسلمة العامري 383 هـ . وسليمان السوطي 377 هـ . إبراهيم المقرئ 391 هـ .

(21) الديباج ص 260

(22) نشر هذا الكتاب المستشرق الأسباني « خوليان ربيرة » سنة 1914 .

ثم نشره عزت العطار الحسيني مدير مكتب نشر الثقافة الإسلامية سلسلة (تراث الأندلس 2) مرفوقا بكتاب علماء إفريقية لابن حارث أيضا وذلك سنة 1372 هـ بالقاهرة .

« سبق أن نشر محمد بن أبي الشنب (علماء إفريقية) مع (طبقات علماء إفريقية) لأبي العرب سنة 1914 .

(23) ابن الفرضي 115/2 . المدارك 532/4 .

(24) تولى الخلافة سنة 350 هـ وبقي على كرسيها إلى أن توفي سنة 366 هـ .

(25) بفتح الباء وجيم مشددة : مدينة بالأندلس كانت من أشرف قرى إقليم أرش اليمن الذي أنزل الأمويون فيه بني سراج القضاة وجعلوا إليهم حراسة ما يليهم من البحر وحفظ السواحل انظر (صفة جزيرة الأندلس منتخبة من الروض المعطار : 37 وما بعدها) .

وهذا الخليفة الحَكَم بن عبد الرحمن ، هو الذي كان يقدر كفاءة ابن حارث ، ويطالبه بالتأليف وانجاز الأعمال العلمية ، ويسند اليه بعض الخطوط .

والحَكَم هذا ، هو الذي وصفه لسان الدين بن الخطيب بقوله :

(كان عالما فقيها بالمذاهب والانساب والتاريخ ، جماعا للكتب مميذا للرجال من كل عالم وجيل وفي كل مصر) (26) .

وهو الذي كان يبذل الأموال في سبيل تشجيع الادباء والعلماء ولم يولع مثله خليفة بالمصنفات وقد جمع الكثير من الكتب (27) ...

وهذه بعض العوامل التي جعلت الباحثين يشهدون ان عهده ذهبي (28) .

وقد كان ابن حارث ينوه بالحَكَم وبإقباله على العلم والتاريخ مسجلا ذلك في مقدمة كتابه (قضاة قرطبة) (29) .

هذا وان المترجمين يشيرون الى ان ابن حارث انما اضطر الى تعاطي بيع الأدهان لما ظهر من تقصير ابن أبي عامر (30) بعد موت الحَكَم .

صفاته :

اذا تتبعنا تحلية مترجميه له نجده متمتعا بصفات كريمة . فهو :

(26) تاريخ اسبانيا الاسلامية ص 41 - تحقيق ليفي بروفنسال ط دار المكشوف بيروت .

(27) المقرئ : نفح الطيب 385/1 وما بعدها .

ينقل المقرئ عن ابن حزم ان فهارس الكتب في عهد الحكم بلغت 44 فهرسا في كل فهرست 20 ورقة .

(28) من هؤلاء الدكتور احمد هيكل في كتابه الأدب الاندلسي ص 189 وما بعدها .

(29) انظر هذا الكتاب ص 10 ط مصر نشر عزت العطار سلسلة (من تراث الاندلس 2) .

(30) هو محمد بن ابي عامر الذي اسندت اليه خطة مدير الشرطة الوسطى في عهد الحكم الذي توفي سنة 366 هـ ، فاجلس هشام بن الحكم على كرسي الخلافة في صفر من نفس السنة وهو لم يتجاوز الثانية عشرة من عمره ،

وقد استبد محمد بن أبي عامر بأمور الدولة وتوطدت له أسباب النفوذ أيام خلافة هشام الصورية .

- حافظ للفقہ ، وحسن الفہم لمسائلہ .

- ذكي ، فطن ، نبیه .

- عالم بالفتيا وأساليبها ، حسن الاستعمال للقياس (31) .

- من أهل الفضل والاطلاع على الحديث (32) .

- عالم بالاخبار واسماء الرجال (33) .

وهي الصفات التي تركز عليها الشخصية العلمية للفقير .

وقد كان ابن حارث يرى ان الفقيه الحاذق هو الذي يتصرف ولا يقتصر على الحفظ : نستنتج ذلك من تعليقه على قول من وصف يحيى بن عمر الاندلسي بالحفظ وعدم التصرف في جوابه عن الاسئلة ، حيث كان تعليقه هو التالي :

« هذا الوصف منه يدل على ركود النظر ، وقلة الاجالة للفكر ، وعلى الاقتصار على المقال المحفوظ ... وكان لا يتصرف فيما يتصرف فيه الحذاق أهل النظر والعلوم من معرفة معاني القول واعراب ما ينطق به » (34) .

وهذا القول يدل على اثاره لأهل الرأي من الفقهاء .

تأليفه :

يقال : ان ابن حارث انتج مائة ديوان ، ويذكر انه ألفها للأمير الحكم المستنصر بالله الذي كان يشجعه على خدمة العلم ، وتوصف هذه التأليف بأنها (تأليف حسنة) (35) .

(31) ابن الفرضي 115/2 .

(32) الحميدي : جذوة المقتبس 49 .

ذكر الحميدي ان ابن حارث روى عن ابن وضاح ونحوه .

(33) المدارك 531/4 .

(34) ينظر (طبقات علماء افريقية) لابن حارث ، المنشور مع كتابه قضاة قرطبة ص 184 ط مصر .

(35) المدارك ج 431/4 - والديباج ص 260 .

ولئن لم يعدد المترجمون هذه المؤلفات كلها ، فإنهم اوردوا منها :

- الاتفاق والاختلاف في مذهب مالك (36) .

- رأي مالك الذي خالفه فيه أصحابه .

- التحاصر والمغلاة .

- الرواة عن مالك .

- المحاضر (37) .

- الفتيا (38)

- تاريخ علماء الاندلس

- طبقات فقهاء المالكية .

- طبقات علماء افريقية

- تاريخ قضاة الاندلس

(36) توجد قطعة ، من هذا الكتاب ، صغيرة الحجم ذات ست عشرة ورقة ببعضها اثر سوس لها دفعة واحدة من الرق احتفظت بها مكتبة القيروان ثم انتقلت الى المكتبة الوطنية بتونس فحملت رقم 17778 .
جاء على وجه الورقة الأولى منها ما يلي :

« الجزء الحادي عشر فيه جميع الاجارات من كتاب الاتفاق والاختلاف بين عالم المدينة مالك رضي الله عنه وبين اصحابه رحمهم الله مما عني بجمعه وتأليفه ونظمه وتصنيفه راجيا ثواب الله الكريم الفقيه أبو عبد الله محمد بن حارث » .

وقد شرعنا في تحقيق هذه القطعة لأهمية موضوعها .

(37) موضوع هذا الكتاب اجراءات التداعي وبيان الترتيب التي يراعيها القاضي في عمله دللتنا على ذلك نقول ابن سهل من هذا الكتاب في مصنّفه (الأحكام) انظر أحكام ابن سهل الاندلسي 4 - أ - 6 - أ - 9 - أ - ع - دار الكتب الوطنية بتونس : 18394 .

(38) نرجع أنه كتاب « أصول الفتيا » الذي سبأني الكلام عنه وانما قدمه المترجمون بهذا الاسم اختصارا .

- كتاب الافريقيين

- كتاب التعريف .

- كتاب المولد والوفاة .

- مناقب سحنون . .

- النسب .

- الاقتباس .

ويظهر ان أغلب هذه المؤلفات يتوزعها الفقه والتاريخ وتراجم اعلام المالكية ، وهذا ما جعل نجم ابن حارث يلمع بين فقهاء المدرسة المالكية ومؤرخي الاندلس ، وهذا ما حدا بالباحث الدكتور احمد هبكل الى ان يبوى ابن حارث مكانة « ألمع شخصية بين كُتّاب التراجم في هذه الفترة » يعني فترة الازدهار في عهد الحُكَم (39) .

(39) الأدب الأندلسي : 193 .

كتاب أصول الفتيا

ان ابن حارث قصد - بهذا التأليف - جمع أصول المذهب التي تساعد على استنباط احكام الفروع ، رغم ان ذلك عسير الاستيفاء ، خاصة والحوادث كثيرة والمجتهدون متفاوتو المدارك .

وقد لاحظ ابن حارث في مقدمة الكتاب :

- ان هذه الأصول مطردة ، ولذا فهي تدني البعيد وتعين المناظر وتكوّن بابا لفقه المذهب تُقَرَّبُ صور احكامه .

وأنه تجنب في جمعها الجدليات الغامضة والاسئلة الغريبة وما يدق استخراجها ويصعب حفظه .

- وأنه - كذلك - توخى الوضوح وابتعد عن التعقيد وترك التكرار والاختصار المخل والتطويل الممل .

- وأنه يسر على قارئ الكتاب بتقديم فهرس الأبواب اذ قال :

« وقد قيدت في صدره التعريف بجميع ما يحويه من الأبواب ليكون ذلك دلالة للمتعرف ومفهما للمتصفح » (40) .

(40) أصول الفتيا 1 ب ، 2 أ .

منهج الكتاب

إذا ألقينا نظرة على الفهرس الذي وضعه ابن حارث نفسه لأبواب كتابه نجده يشير الى جانب من المنهجية عند ابن حارث ويرشد الى المواضيع التي طرقها والى ترتيب المسائل التي تناولها .

ونجده أيضا يرينا ان ابواب كتاب (أصول الفتيا) هي في عامتها أبواب الفقه الا ان المؤلف قد يجزئ الباب الفقهي المعهود لأن الأصول التي تراءت له فيه تدعوه الى ذلك ... وهذه الأبواب منها المؤلف في سائر كتب الفقه القديمة كالوضوء والصلاة والزكاة والصوم ... من العبادات وكالبيوع والاجارات والقراض ... من المعاملات .

ومنها ما اشتمل على مواضيع مما عهدناه منتورا في ابواب مختلفة دون ان يبرز بعناوين بارزة مستقلة ، ومن ذلك :

- باب (احكام المرأة) الذي جمع فيه الكثير من الأحكام التي تخص المرأة في عبادتها ومعاملتها واداء شهادتها والاسهام لها اذا شاركت في القتال .

وباب (الشروط) الذي افتتحه ببيان ان مالكا واصحابه يعتمدون الأثر القائل « المسلمون عند شروطهم الا شرطا احل حراما أو حرم حلالا » (41) .

ثم يستنتج من هذا ان «شروط الغرر كلها في البياعات والنكاحات وسائر المعاملات ... لا تلزم من اشترطت عليه وتفسد كل ما قارنته وصحبته من كل عقد كان بيعا أو نكاحا أو اجارة أو ما أشبه ذلك من وجوه المعاقديات .

«ومن ذلك قولهم في المودع يشترط على نفسه الضمان ان الشرط باطل ولا يلزمه .

وكذلك الذي يستعير ما لا يجب فيه الضمان فيشترط عليه الضمان انه لا يلزمه » (42) .

- وباب (الاثلاث) الذي ينزع فيه إلى جمع النظائر في المذهب المالكي .

(41) رواه أبو داود والحاكم واحمد . وتختلف عبارات الرواة فيه .

(42) أصول الفتيا : 38 أ .

ونظائر هذا الباب الاحكام المعتمدة اثلاثا من الأشياء : كالنكاح الذي يلزم فيه صداق لا يقل عن ثلاثة دراهم .

وقطع يد السارق في سرقة ما قيمته ثلاثة دراهم .

وتصرف المرأة في ثلث مالها بدون اذن الزوج .

ووضع المشتري من المجائحة قيمة الثلث فاكتر .

وتحمل العاقلة الثلث فاكتر... (43) الى غير ذلك .

والنظائر في (أصول الفتيا) كما استقلت ببعض الأبواب فانها وردت في سياق بعض الأبواب الأخرى، فمثلا في باب الوضوء يستطرد المؤلف الى ذكر الاحكام التي تترتب على (مغيب الحشفة) وهي سبعة أحكام (44) .

- وباب (البنيان) هو أيضا من الأبواب التي يعرض فيها أصولا مما عرفنا فروعها متفرقة في أبواب الغصب والتعدي والاستحقاق ، ولكن ابن حارث راعى ما يجمع هذه الأصول من هدف تنظيم العمران ، وتحديد حقوق الناس في تنظيمه (45) .

ثم ان تخصيص مواضع - مما عهد متفرقا في الابواب - بابواب مستقلة ، لدليل على نزعة جديدة في التبويب الفقهي والعرض ، وميل الى التفكير في المناط الذي ترتبط به مسائل يجمعها عنوان واحد ... انها النزعة الى النظر في احكام الفقه واسرارها ، وقد آلت بابن حارث الى عدم الاقتصار على فروع المسائل ، كما كان يفعل غالب المعاصرين له في تأليفهم الفقهية ، وانما تجاوز ذلك في كثير من الأحيان الى ما تستند إليه كل طائفة منها من أصل في المذهب .

كما حدث نزعة البحث عن أسرار التشريع عند ابن حارث إلى ذكر الفروق بين الأحكام أحيانا كما فعل في مسألة طلاق كل امرأة يتزوجها الرجل ، وفي الظهار من كل

(43) ن . م . 38 أ .

(44) انظرها في ن . م . 2 ب .

(45) هذا الباب يرينا مدى عناية فقهاءنا القدامى بالناحية العمرانية وتنظيمها والاهتمام بنظافة مواطن العمران .

امراة يتزوجها (46). وحدث به الى نقل تعليل الفروق عن اعلام المذهب كما نقل عن سحنون تعليل الفرق بين العتق والطلاق (47) .

أما ميل ابن حارث في هذا الكتاب الى ابراز الأصول الفقهية في المذهب المالكي لمساعدة المجتهدين من المفتين فهو يذكرنا بميل ابن رشد الحفيد في كتابه بداية المجتهد الى ابراز (ما يجري مجرى الأصول والقواعد) (48) في مسائل الاتفاق والاختلاف بين المذاهب ... الا ان ابن رشد وسع نطاق المسائل في كتابه وعرض آراء المذاهب المختلفة واستدل لكل رأي وأبرز أسباب الاختلاف فكان كتابه من أهم كتب الفقه المقارن ، بينما كان مجال (أصول الفتيا) محدودا لا يخرج عن نطاق المذهب المالكي مع التعرض للخلاف داخله ونسبة الأقوال الى أصحابها من رجال هذا المذهب .

هذا وقد توسع ابن حارث في كتابه « أصول الفتيا » في عرض أحكام العبيد والاماء ، وذلك يدلنا على مدى ما بلغه المجتمع الأندلسي في عصره من سعة وثراء واستكثار من العبيد مما يستدعي بسط احكامهم وتقنين الفروع الفقهية لما ينشأ عن تواجدهم من الصور والحوادث والوقائع تنظيما للصلة بهم وللقوانين التي تسود عند التعامل في سوق العبيد وتنظيما للمسالك المفضية الى عتقهم ، والوسائل المؤدية الى تحريرهم مثل الكتابة والتدبير .

وكان أبو يحيى ابن عاصم شارح تحفة أبيه أشعرنا في شرحه ان أحكام العبيد تتسع - لدى الفقهاء والمؤلفين - على نسبتهم في الغلة تجاوبا مع ما يقتضيه الواقع الاجتماعي .

وقال عن باب احكام العبيد :

« قد كان هذا الباب في كتب الفقه من الأمهات العتيقة على حال السعة يناسب الواقع في ذلك الوقت من الاستكثار من العبيد والاماء » (49) .

(46) ن ، م : 17 أ

(47) ن ، م : 19 أ

(48) بداية المجتهد : 2/1 .

(49) شرح ابن عاصم على تحفة أبيه : 90 ب 31 : م . دار الكتب الوطنية بتونس : 13.733 .

أثر هذا الكتاب في الحركة الفقهية

يلاحظ الباحث ان لهذا الكتاب أثرا في بعض المدونات الفقهية التي جاءت بعده ،
يتجلى في مظهرين :

الأول : اعتماد الفقهاء لأقوال ابن حارث ، والاستشهاد بها مما يدل على المكانة الفقهية
التي كان يتبوأها ، والثقة بما نقل عن مالك وأصحابه .

وعلى سبيل المثال نورد هذه النصوص من كتب مختلفة اعتمدت (أصول الفتيا) من بين
ما اعتمدت من امهات المذهب المالكي .

أ - ففي شرح أبي يحيى محمد بن عاصم على منظومة أبيه (تحفة الحكام ج 2) جاء في
سياق شرح البيتين التاليين :

ولا اعتصار مع موت أو مرض	له أو النكاح أو الدين عرض
وفقر موهوب له ما كان	لمنع الاعتصار قد أبان

قول الشارح :

« بجمل كلام الشيخ رحمه الله فيما تفيد هذه الأمور للاعتصار (50) على ما كان حادثا
بعد الهبة لا ما كان سابقا لها على مقتضى ما في المقرب ... »

« بإطلاقه قد يقتضي أن الاعتصار يعود دون ما كان (51) من النكاح أو الدين غير
عارض وهما المستقران ثابتين قبل الهبة فانها لا يمنعان الاعتصار على مقتضى إطلاقه. وذلك
على مقتضى ما اعتمدته العلماء من أهل المذهب المالكي ومنهم ابن حارث : ففي « أصول
الفتيا » :

(50) اعتصار الهبة : ارتجاعها ...

وبموضوع البيتين الموانع التي تمنع الواهب من اعتصار هبته .

(51) في الأصل (مكان) والصحيح ما اثبتناه .

قال محمد : من أصل قولهم ان كل واهب وهب هبة فلا يجوز له ان يعتصرها ، ولا ان يبيع فيها حاشا الأب والأم فيما وهبا لأولادهما ، فان الاعتصار في ذلك لهما جائز على ما سنذكره من التفسير (52) . أما الوالد فيجوز له اعتصار ما وهب لابنه الصغير او الكبير كان للولد او لم يكن . وذلك ما لم يستحدث الولد ديناً او ينكح أو يوطأ إن كانت جارية ، أو يبيع الهبة أو يمرض فان كان شيء من ذلك لم يحز للأب اعتصار لأن ذلك كله فوت للهبة وانما يعتصر ما لم يفت الا ان يكون وهب له وقد استدان او نكح او مرض فيجوز له الاعتصار لانه حينئذ لم يداين ولم ينكح على تلك الهبة .. » (53) .

ب : وفي كتاب الجواهر (54) لابن شاس (55) ينقل المؤلف عن محمد بن حارث النص التالي :

« انظر فكل من فعل فعلاً يجوز له ان يفعله بلا تحظير ، ففعله على وجهه فعلاً صواباً ، فتولد من ذلك الفعل هلاك نفس او ذهاب جراحة او تلف مال ، فانه لا ضمان على ذلك الفاعل وان كان انما أراد ان يفعل الفعل الجائز له ، ففعله فأخطأ ففعل غيره أو جاوز فيه الحد أو قصر فيه عن المقدار ، فما تولد من ذلك فهو ضامن له .. » (56) .

ج : وفي كتاب (مجالس المكناسي) اورد المؤلف (57) المسألة التالية :

-
- (52) في نسخة الشرح (التعيين) لكننا اثبتنا ما بنص (أصول الفتيا) لأنه انسب .
(53) الورقة : 80 ب مخ . دار الكتب الوطنية بتونس ، رقم 13733 والنص المنقول عن ابن حارث هو ما نجده في (باب الهبات) من مخ (أصول الفتيا) : 23 ب مع اختلاف يسير لا يتغير معه الحكم الشرعي .
(54) هذا الكتاب توجد منه نسخة خطية في مجلدين بدار الكتب الوطنية بتونس ، الأول تحت رقم 13482 والثاني تحت رقم 13483 .
(55) نجم الدين ابو محمد عبد الله بن محمد بن شاس الجذامي السعدي المصري كان حافظاً فقيهاً ورعاً . استشهد بدمياط سنة 610 هـ (الشجرة : 165) .
(56) مخ دار الكتاب الوطنية بتونس 118/2 ب . وهذا النص نجده في مخ كتاب أصول الفتيا 39 أ (باب الضمان) .
(57) هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله اليفرنسي المكناسي ، قاضي الجماعة جلاء مخلوف ، (الفقيه العلامة العمدة الفاضل المطلع العارف بالاحكام والنوازل القاضي العادل) اخذ عن اعلام مثل أبي عبد الله القوري وعيسى بن علال المصمودي ومن اخذ عنه أبو العباس احمد الوشرسي ، ولد القاضي المكناسي سنة 835 هـ ت سنة 917 هـ وكان قد تولى القضاء بمدينة فاس .
ترجمته في (درة البحال 146/2 ؛ نسا ، الابتهاج : 333 ، شجرة النور الزكية ، 275/1) .

(حائط بين دارين لكل دار فيه ركن ، وأحد الركنين أسفل من الآخر فأراد صاحب الأسفل ان يرفعه موازيا لركن صاحبه : هل يُمكن من ذلك أم لا ؟

قلت : وقع لابن حارث في « أصول الفتيا » له : ان لصاحب الأسفل ذلك ، وانما يمنع اذا اراد ان يرفع خشبه فوق خشب صاحبه (58) .

ونص ابن حارث في هذه المسألة نجده في (أصول الفتيا) كما يلي :

(واذا كان جدار بين رجلين لكل واحد منهما عليه حمل خشب من جانب داره وخشب احدهما أسفل من خشب صاحبه ، فأراد رفع خشبه الى موضع خشب صاحبه فذلك له ، وليس له ان يرفعها الى أعلى من خشب صاحبه) (59) .

د : وفي شرح نظم العمليات الكبرى الفاسية (60) ينقل الشارح أبو القاسم الفيلاي ما ذكره يعيش الشاوي في طرره من ان ابن حارث جعل في كتابه « أصول الفتيا » للراعي المشترك حكم الصانع في اعتباره من الأمناء المصدقين ثم يقول الفيلاي :

(ولفظ ابن حارث في كتابه المذكور في تعداد الامناء المصدقين على ما في ايديهم هو قوله ما نصه :

وراعي الماشية ما لم يكن مشتركا فيكون كالصانع » (61) .

اورد الفيلاي كل ذلك في معرض شرح قول الناظم :

ضمان راعي غنم الناس رع الحقه بالصانع في الغرم تع

(58) مجالس المكناسي : 145 أ ، مخد، دار الكتب الوطنية بتونس 14892 .

(59) أصول الفتيا : 36 ب .

(60) توجد من هذا الشرح نسخة خطية بدار الكتب الوطنية بتونس تحت رقم 14829 وصاحب النظم هو أبو زيد عبد الرحمن بن عبد القادر الفاسي صاحب تأليف كثيرة في علوم مختلفة ت 1096 هـ ترجمته في (شجرة النور الزكية ، 315 ، ندر) .

(61) نسخة المخد المذكور أعلاه : 136 أ .

وهذا النص ذاته نجده لابن حارث في مخد (أصول الفتيا) في باب الامناء : 39 ب .

هـ : وفي نظائر ابن عبدون (62) يرد من مسائل التفليس ان من (... استؤجر على ابل يرعاها أو يرحلها أو يعلفها فهو أسوة الغرماء في الفلس والموت ، وقال ابن حارث معناه (63) .

ونص هذه المسألة في (باب احكام المديان) من أصول الفتيا :

« ... أما الذي أجر حانوته أو داره أو استؤجر على رحيل إبل أو نحو ذلك ، فهم أسوة الغرماء في الفلس والموت جميعا » (64) .

المظهر الثاني : يتعلق بطريقة التأليف وأسلوب عرض المسائل الفقهية ، وقد كان ابن حارث رائدا في مجال التأصيل الفقهي وتقعيد القواعد الجامعة لمسائل من كل باب من أبواب الفقه ، وكان ميالا الى جميع النظائر سابقا الى جمع ما تناثر في الأبواب المختلفة من احكام النساء والصبيان والذميين ... وقد اشتمل كتابه على الكثير من الكليات بمفهومها المنطقي (65) .

يتجلى هذا المظهر فيما درج عليه كثير من المؤلفين بعده الذين انتهجوا منهج التأصيل والتقعيد الفقهي وكان منهم من تجاوز القواعد الخاصة ، فألف في القواعد العامة ، وتبلورت القواعد الشرعية في مؤلفات كثيرة ، أذكر منها لرجال المدرسة المالكية :

- انوار البروق في انواء الفروق لشهاب الدين القرافي ت 684 هـ

- قواعد (66) المقرئ المحدث 759 هـ .

(62) مخ بدار الكتب الوطنية بتونس أول مجموع رقمه 14862 .

(63) المخ المذكور اعلاه : 19 ب .

(64) أصول الفتيا : 21 ب .

(65) المراد ما عرف عند علماء المنطق بالقضية الموجبة المسورة بعبارة (كل) التي تدل على كمية الافراد بالتعميم . وبهذه العبارة تكون القضية محصورة .

واستعمال صيغة الكلية يساعد ابن حارث على اداء ما يقصد من تعميم الحكم .

(66) مخ بالمكتبة الوطنية بتونس رقم 14682 .

وكتاب القواعد موضوع أطروحة دكتوراه دولة يعدها الشيخ أحمد بن عبد الله بن حميد بجامعة أم القرى بمكة المكرمة .

- ايضاح (67) المسالك الى قواعد الامام أبي عبد الله مالك لأبي العباس احمد بن يحيى الونشريسي ت 914 هـ .

- الفروق (68) للونشريسي المذكور .

- المسند (69) المذهب في ضبط قواعد المذهب للشيخ عظم (من رجال القرن الهجري التاسع) .

وهناك من اتجه الى جمع القواعد في نظم مثل أبي الحسن علي بن قاسم التجيبي الزقاق من أهل فاس ، ت 912 هـ .
وقد سمي نظمه (المنهج المنتخب على قواعد المذهب) (70) .

أما العناية بالنظائر فقد تجلت في بعض المدونات تارة موزعة بين المسائل وتارة في تأليف مستقل، فأنت تجد لابن فرحون نظائر موزعة في كتابه (المسائل الملقوطة) وتجد لابن عبدون المكناسي نظائر في تأليف مستقل (71) ولابن غازي المكناسي منظومة في نظائر المسائل الواردة في رسالة عبد الله بن أبي زيد القيرواني سماها (تحرير المقالة في نظائر الرسالة) (72) .

ومما يقول فيها جامعا المواطن التي يلغى فيها اليوم الأول :

واليوم يلغى . في اليمين والكرا	وفي الاقامة على ما اشتهرا
وفي خيار البيع ثم العدة	واجعل عقيقة وعهدة

(67) مخ بالمكتبة الوطنية بتونس رقم 15510 .

(68) مخ بالمكتبة الوطنية بتونس رقم 15087 .

(69) مخ بالمكتبة الوطنية بتونس رقم 14891 .

(70) شرح هذا النظم أبو العباس المتجورت 995 هـ وتوجد من هذا الشرح نسخة بالمكتبة الوطنية بتونس رقم 12648 وطبع على الحجر بفاس وللشيخ ميارة تكميل المنهج المنتخب رقمه بالمكتبة الوطنية بتونس 21265 .

(71) مخ. اول مجموع بالمكتبة الوطنية بتونس رقم 14862 .

(72) شرح هذه المنظومة محمد الخطاب . وتوجد من هذا الشرح نسختان بالمكتبة الوطنية بتونس : الأولى رقمها 14842 والثانية رقمها 15127 . وتوجد منه نسخة بالخرزانة العامة بالرباط ضمن مجموع يحمل رقم 6426 د من ص 357 الى ص 402 .

وأما العناية بالكليات الفقهية فقد تجلت عند بعض فقهاء المدرسة المالكية الذين كان منهم من تجاوز ابن حارث الذي نثر كلياته في شتى ابواب (أصول الفتيا) بجمعها مستقلة مرتبة على أبواب الفقه .

فها هو أبو عبد الله محمد المقرئ الجد المتقدم ذكره ، يخصص القسم الثاني من كتابه (عمل من طب لمن حب) (73) بالكليات الفقهية ويحشر به خمسمائة كلية ذكر لنا انه بذل وسعه في تحقيقها وقال : (لولا تسامح من تقدمنا في اثباتها لم نتعرض لها ، على انا اشد احتفالا بتحريرها) (74) .

وهذه الكليات وزعها المقرئ على أبواب الفقه من العبادات والمعاملات .

وها هو أبو عبد الله محمد بن غازي المذكور يشتهر بكتابه (الكليات الفقهية) (75) الذي خصه بكليات متعلقة بالنكاح وتوابعه والمعاملات على اختلافها والأقضية والشهادات والحدود والعق ، ولم يضمه شيئا من مسائل العبادات .

وتشعرنا مقدمة هذا الكتاب ان ابن غازي كان يهدف بوضع هذه الكليات في المسائل التي جرت عليها الاحكام الى ما قصد اليه ابن حارث في (أصول الفتيا) مما أوضحه في مقدمته .

كما يشعرنا تشابه عبارات بعض كليات ابن غازي مع عبارات واردة في نفس الموضوع من كليات ابن حارث المتناثرة في (أصول الفتيا) يشعرنا بمدى تأثير ابن غازي بمنهج (أصول الفتيا) الذي تأكد تداوله بين أيدي فقهاء المدرسة المالكية (76) .

(73) توجد منه قطعة بالخزانة العامة بالرباط تحت رقم 1258 د .

والقسم الأول من كتابه يشتمل على خمسمائة حديث نبوي صحيح والثالث يشتمل على مائتين من القواعد الحكمية ، والرابع في الفاظ حكمية مستعملة في الاحكام الشرعية .

وقد شرعنا في تحقيق هذا الكتاب .

(74) (عمل من طب لمن حب) المذكور اعلاه 14 أ .

(75) طبع بفاس بتاريخ مجهول .

(76) تأكد ذلك باستشهادهم بنصوص منه في مؤلفاتهم . وقد عرضنا لذلك خمسة نماذج فيما سبق .

ثم ان بادرة ابن حارث الى تخصيص بعض المواضيع بباب يجمع المسائل التي كانت موزعة بين أبواب قد آل بها التطور الى ان تظهر في تأليف مستقل بموضوع كانت مسأله متناثرة بين الأبواب : فقد تجلت البادرة عند ابن حارث - مثلاً - في : (احكام البنيان) وفي (الشروط) ثم تطورت عند محمد اللخمي البناء المعروف بابن الرامي التونسي من رجال القرن الثامن هـ في كتابه (الاعلان في احكام البنيان) (77) وعند الخطاب في كتابه (تحرير الكلام في مسائل الالتزام) (78) .

جملة القول :

ان المدرسة القيروانية بافريقية والمدرسة القرطبية بالاندلس قد انجبتا في النصف الأول من القرن الرابع الهجري فقيها نظارا ومؤرخا راوية زود المكتبة الاسلامية بتراث علمي هام وهو محمد بن حارث الحشني الذي شق الطريق بكتابه « أصول الفتيا » امام فقهاء المدرسة المالكية ليصوغوا القواعد الفقهية في المذهب ، ويهتموا باناطة المسائل بضوابطها : وذلك ما يسهل للمجتهدين والمفتين عملهم في استنباط الاحكام الشرعية .

وان كليات المسائل الفقهية التي عرضها ابن حارث في كتابه قد دلت صيغتها على استمداده من المنطق الارسطي أسلوب التعبير بالقضية المسورة بـ (كل) لتعميم الحكم فيما اطرده أصله ، ولم يتناقض حكمه ... وهذا ما اقتفى اثره فيه المقرئ الجدد وابن غازي المكناسي .

وان كتاب « أصول الفتيا » لم يكن من المطولات ولا من المدونات التي تستقصي الفروع ، وانما كان كتاباً موجزاً ، دقيق العبارة ، مهتماً بصوغ القواعد الفقهية وجمع النظائر ... وقد نجح مؤلفه الى مدى بعيد في تحقيق الخطة التي رسمها في مقدمته ، وسما الى التععيد وأسهم في ابراز روح التشريع الاسلامي ومبادئه .

(77) توجد منه نسخة خطية بالمكتبة الوطنية بتونس رقمها 14967 وطبع على الحجر بفاس وقد ذكره سركيس في معجم المطبوعات ص 1588

(78) توجد منه نسخة خطية بالمكتبة الوطنية بتونس تحت رقم 8237 وأخرى بالخزانة العامة بالرباط رقمها 387 هـ .

النسخة المعتمدة

تحتفظ الخزانة العامة بالرباط بالنسخة الفريدة التي لم نعثر على سواها من كتاب ابن حارث « أصول الفتيا » ، وهي تقع أول مجموع يحمل رقم 1729 د .

ويضم هذا المجموع ثلاثة كتب :

أ - أصول الفتيا (المذكور) لابن حارث (79) من الورقة الأولى إلى الورقة 44 ب .

ب - : حدود ابن عرفة (80) من الورقة 45 ب إلى 54 أ

ج - : كليات ابن غازي (81) من الورقة 54 ب إلى 75 أ .

(79) يظهر أن النسخ - الذي لم يذكر اسمه - اخطأ في اسم المؤلف : إذ كتب على وجه الورقة الأولى : (هذا كتاب فيه أصول الفتيا في الفقه ... وضع محمد بن أسد بن حارث الحشني رضي الله عنه) - وما نجده عند عياض في (المدارك: 531/4) (محمد بن حارث بن اسماعيل الحشني) وعند سائر المترجمين (محمد بن حارث بن أسد) .

(80) أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي ، الفقيه المفسر ، امام جامع الزيتونة . اخذ عن ابن عبد السلام ومحمد بن هارون والامام السطحي وغيرهم وأخذ عنه من لا يعد كثرة من أهل المشرق والمغرب امثال البرزلي والأبي وابن ناجي وابن عقاب .

توفي سنة 803 هـ وقبره بالجلاز معروف (شجرة النور: 227/1) .

وكتابه الحدود هو أحد مؤلفاته ويتضمن التعاريف الفقهية . وقد شرحه الرصاع وطبع هذا الشرح بتونس .
(81) أبو عبد الله محمد بن غازي العثماني المكناسي ثم القاسمي شيخ الجماعة بفاس أخذ عن أشهر شيوخ مكناسة الزينون وفاس ، وتولى الخطابة والامامة بجامع القرويين والتدريس به . فأخذ عنه جمع غفير من طلبة فاس وصنف مؤلفات كثيرة في الفقه والحديث وعلوم العربية والفرائض والحساب والتاريخ . ترجمته في (إتحاف اعلام الناس: 3/4 ، نيل الابتهاج : 334 : شجرة النور الزكية: 276/1 ، معجم المؤلفين: 16/9) .

وكتابه الكليات يشتمل على 334 مسألة من الفقه المالكي في النكاح والمعاملات ودراسة هذه الكليات وشرحها موضوع اطروح محمد أبي الاجفان لنيل دكتوراه الحلقة الثالثة بالكلية الزيتونية للشرعية وأصول الدين - تونس .

أوراق المجموع من الحجم الكبير .
وبالنسبة إلى كتاب أصول الفتيا ، فإن :

المسطرة 34 .

والمقاس 20×27 .

والخط مغربي قريب من الواضوح .

والحبر أسود داكن ، والعناوين بحلة بالاحمر .

وأوراقه يبدو عليها القدم أكثر مما يبدو في الكتابين الموالين وقد مس التآكل والكشط بعض السطور من هذا الكتاب (الأول) .

وليس من تاريخ في هذا المجموع الا ما ورد آخر كتاب (أصول الفتيا) وهو الذي تضمنته الفقرة التالية :

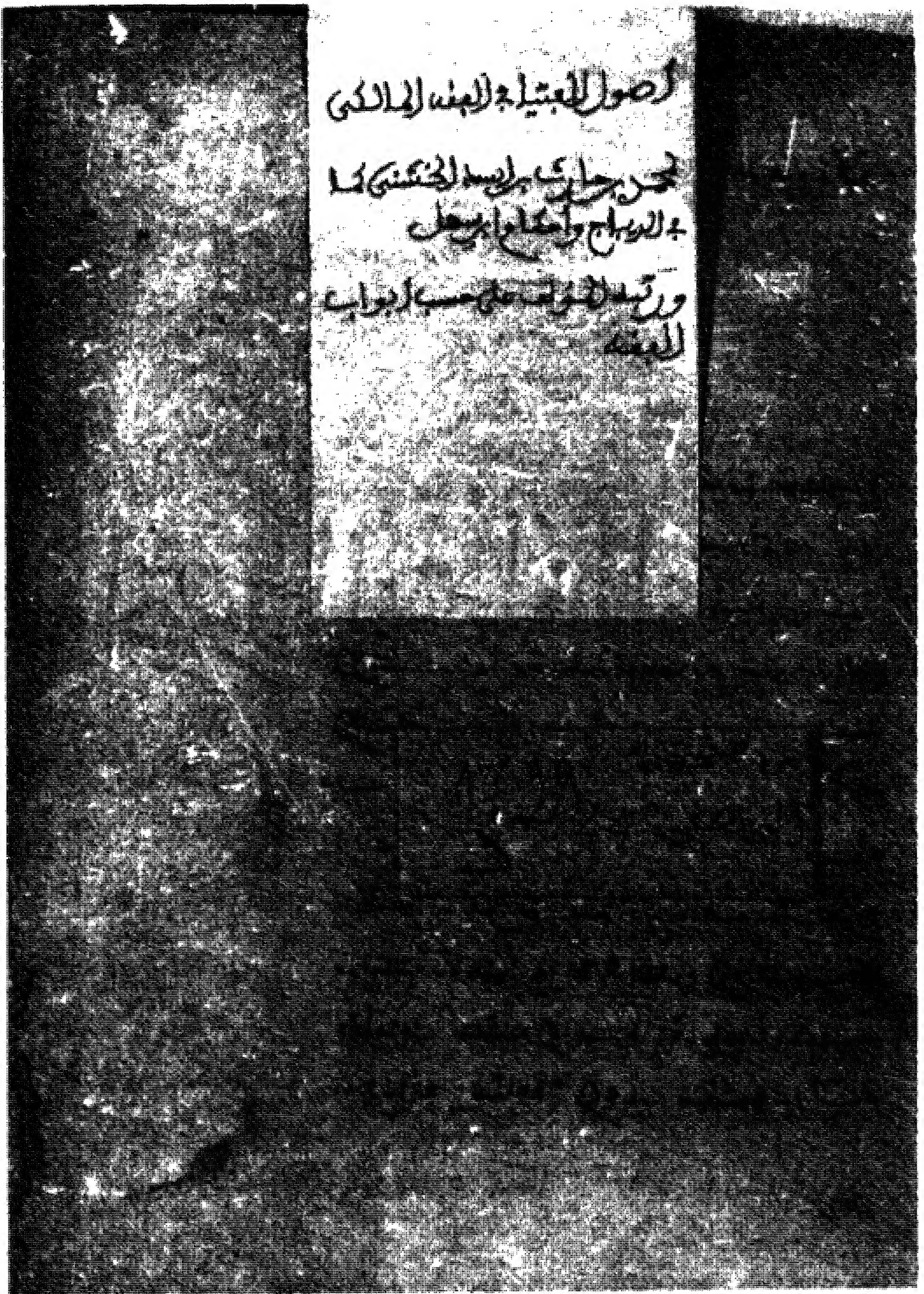
(انتهى بحمد الله وعونه ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله ، من نسخة فيها بعض تصحيف ، قال ناسخها: انه كتبها من نسخة قديمة كتبت سنة 586) .

وهذا التاريخ كتب بأعلى كلمة (سنة) بالارقام الهندية مع عدم وضوح في رقم المئات وأعيدت كتابته تحت (سنة) بالقلم الفاسي بما ينحل الى 586 .

هذا وبما ان جهودنا لم تثمر بعد في الظفر بنسخ أخرى من كتاب (أصول الفتيا) ، وليحصل اليقين بصحة نسبة النسخة - التي اعتمدناها - الى مؤلفها محمد بن حارث فاننا حرصنا على البحث عن نصوص فقهية مما استشهد به المصنفون في كتبهم من أقوال ابن حارث في كتابه (أصول الفتيا) . وقد امكنا العثور على طائفة من النصوص المتناثرة في بعض المصنفات الفقهية التي اعتمدت أقوال ابن حارث - فيما اعتمدت من أمهات كتب المذهب المالكي - وهذه الطائفة من النصوص تحقق ما هدقنا اليه من تأكيد نسبة النسخة المعتمدة الى صاحبها ، وقد عرضنا هذه النصوص عند الحديث عن المظهر الأول من مظهري تأثير ابن حارث في حركة التدوين الفقهي .

أُصُولُ الْفُتَيَا فِي الْفِقْهِ

عَلَى مَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِك



صورة صفحة عنوان الكتاب

[illegible][illegible]

تدور في الهواء والهاطل الى به السراج والى شاد فانه المير يزل على

ۛۛ ڪڪڙ ۽ ٻيا ڀاڱا ڪٽڻ

[illegible]

[١ - ب]

/ بسم الله الرحمن الرحيم
وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه

هذا كتاب فيه أصول الفتيا في الفقه [على مذهب] (1) مالك بن انس والرواة المجلة
من أصحابه - رحمهم الله - وضع محمد بن أسد بن حارث (2) الخشني .

[مقدمة]

الحمد لله سابق الأوقات بغير حد تسير اليه الأوهام ، ومغّي الغايات بلا أمد
تحصله الأفهام ، عجزت الأبواب ان تنال كنه عظمتة ، وحارت العقول في بدائع تدبيره ،
فرجعت خاسئة وهي حسيرة (3) .

احمده حمدا يعرج بصدق النية اليه ، ويزكو بحسن القبول لديه ، واستعينه على ما
يرضيه من صواب المقال ، ويرتضيه من مشكور الفعال .

واشهد ان لا اله الا الله وحده لا شريك له ، وان محمدا عبده ورسوله ، بعثه رحمة
للمؤمنين (4) ، وحجة على العالمين (5) .

(1) ما بين العاقتين مطموس بالأصل وما أبتناه افتضاء السياق .

(2) الصواب محمد بن حارث بن أسد (انظر المقدمة ص 17) .

(3) إشارة إلى قوله تعالى : (ارجع البصر كرتين ينقلب إليك البصر خاسئا وهو حسير) الملك : 4

(4) إشارة الى قوله تعالى (لقد جاءكم رسول من أنفسكم عزيز عليه ما عنتم ، حريص عليكم بالمؤمنين رؤوف
رحيم) التوبة: 128 .

(5) إشارة الى قوله تعالى : (وما كنا معذيين حتى نبعث رسولا) الاسراء: 15 وقوله سبحانه : (وما كان ربك مهلك
القرى حتى يبعث في أمها رسولا) القصص: 59 .

سراج لمع ضوؤه ، وزند برق لمعه ، يستنقذ الله به من بوائق (6) الضلالة ، وفتق به روائق (7) الجهالة ، وظهر امر الله وحقت كلماته ، ولو كره (8) .

أما بعد :

فاني جمعت في هذا الكتاب أصول الفتيا على مذهب مالك بن انس والرواة من أصحابه جمعا محكما ، قيدت فيه المعاني المكررة ، والمسائل المفتية بالالفاظ الموجزة ، والاشارات المفهومة ، ولم ادع أصلا يتفرع منه جياذ المعاني ، ولا عقدة يستنبط منها حسان المسائل بلغ اليها علمي ، ووجدتها حاضرة في حفظي ، الا اودعتها كتابي ، وضمنتها برسمي .

ولم أقصد بكتابي هذا قصد السؤلات الغريبة ، ولا الجدليات الغامضة ، ولا نحوت نحو المعاني اللطيفة ، ولا النكت الخفية ، ولا ذهبت الى ما يدق استخراجيه ، ويبعد استنباطه ، ولا عرضت لما يكثر لفظه ، ويعسر حفظه ، مما يطول به العناء ، ويقل منه الغناء ، تلك بحور زاخرة ، غايتها ونهايتها بعيدة ، واستيفائها عسير ، واكتمالها ممتنع ، والبلوغ اليها معجز ، مداها موصول بمدى الحياة ، خواطر المتكلفين في توليدها معملة ، وايديهم بتقليدها مطلقة ، الى ما يتصل بذلك من الحوادث الجمة ، والنوازل المشككة ، وافهام اهل الفتيا مختلفة وعقولهم متفاوتة ، والعلم درجات ، والناس فيه طبقات ، وفوق كل ذي علم عليم (9) .

وانما قصدت الى ما يطرد أصله ، ولا يتناقض حكمه ، والى ما يؤمن اضطرابه ، ولا يخشى اختلافه ، والى كل جملة كافية ، ودلالة صادقة ، والى كل مقدمة صحيحة ، وإشارة مبينة ، والى كل قليل ، يدل على كثير ، وقريب يدني من بعيد .

(6) بوائق ج بائقة : الغائلة والداهية (متن اللغة : بوق) .

(7) الروائق ج الرنق : الكدر ، الرنق والرنق تراب في الماء من القذى ونحوه ويجمع على رنائق او ريانق على القلب ، خلافا لما اثبته المصنف انظر (اللسان : رنق) .

(8) يبدو أن المصنف يشير الى قوله تعالى : « يريدون ليطفئوا نور الله بأفواههم والله متم نوره ولو كره الكافرون هو نذرى أرسل رسوله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون » الصف 8 - 9 .

(9) يقول الله تعالى : « نرفع درجات من نشاء ، وفوق كل ذي علم عليم » يوسف 76 .

وأخلق بمن جعل غرضه الذي يرمي إليه ، ومثاله الذي يحتذى عليه ، حفظ المعاني المفهومة ، والأصول الصحيحة ، وما يقر به القرن (10) المناظر ، وينقاد له الخصم المكابر ، من الروايات الثابتة ، في الأمهات المبسوبة ، أن يكون رضي البال ، في ساعات المضايقة ، حاضر الجواب عند يديه بالمساءلة ، لا يعتاص¹¹ عليه الصواب في مقامات الامتحان ، ولا يعجزه اصدار ما ورد عليه من المقال .

وان لم يكن من بركة هذا الكتاب ، الا انه ظهر في كشف المتحليين ، وسبيل الى محنة المتحليين ، وانه أصل العلم وباب الفقه ، ومفتاح الفتى ، في قرب مأخذ ، وسهولة مرقى ، وتقريب معنى ، وإيجاز لفظ ، لم أوعر مداخلة بالتعقيد ، ولا هجنت بقيته بالتكرير ، ولا اختصرته اختصارا يخل بعقد معانيه ، ولا عرضته بالاطالة للملل قاريه .

وقد قيدت في صدره التعريف بجميع ما يحويه من الأبواب ، ليكون ذلك دلالة للمتعارف ، ومفهوما للمتصفح ، ومعونة/تقود الى الصواب ، وإلهاما الى ما فيه السداد [2 - 1]¹² والرشاد ، فانه المنعم بذلك على من اناب .

(10) وهو الكف والنظير في العلم وغيره (أقرب الموارد : قرن) .

(11) اعتاص عليه الأمر : التوى . واعتاص على هذا الأمر يعتاص . فهو معتاص : اذا التا عليه أمره فلم يهتد لجهة الصواب فيه .

والعوص : ضد الامكان واليسر (لسان العرب : عوص) .

ذكر أبواب الكتاب (*)

باب الوضوء [1-47/23-58] باب الصلاة [24-59/48-67] باب الزكاة [49-68/64-75] باب الصوم [65-76/71-79] باب الحج [72-80/93-94] باب الجنائز [94-95/111-97] باب الخيوط [102-98/110-102] باب النذور والايامن [111-103/122-107] باب ما يحل ويحرم من الأطعمة [123-108/133-111] باب ما يحل ويحرم من البيوع [134-112/161-124] باب أحكام البيوع [162-125/177-133] باب أحكام الشفعة [178-134/190-138] باب أحكام القسم [191-139/207-144] باب الإجازات [208-145/226-151] باب القراض [227-152/234-155] باب الشركة بالتراضي [235-156/246-160] باب الشركة الداخلة بغير التراضي⁽¹⁾ [247-161/253-165] باب ما يحل ويحرم من النكاح [254-166/263-112] باب ما يفسخ به النكاح بعد انعقاده [264-173/283-180] باب أحكام النكاح [284-181/308-190] باب الطلاق [309-191/319-194] الإيلاء والظهار واللعان والخلع⁽²⁾ [320-195/333-200] الحضانة⁽³⁾ [334-201/334-201] باب العدد والاستبراء [335-202/347-206] باب ما يجب عتقه ويحرم ملكه [348-207/355-209] باب أحكام العتق [356-210/366-214] باب أحكام أم الولد [367-215/377-219] باب أحكام المكاتب [378-220/388-224] باب أحكام المدير [389-225/394-227] باب أحكام الولاء [395-228/400-230] باب أحكام المواريث [401-231/409-234] باب أحكام المديان [410-235/412-238] باب الحملات [413-239/416-242] باب الحوالة⁽²⁾ [417-243/418-244] باب الرهون [419-245/426-248] باب الأحباس [427-249/432-252] باب الهبات [433-253/443-258] باب حوز العطايا [444-259/451-263] باب أحكام الوصايا [452-264/461-269] باب حكم المريض [462-270/474-275] باب التداعي [475-276/527-298] باب التحالف [528-299/540-304] باب الإقرار [541-305/561-312] باب الإكراه⁽³⁾ [562-313/473-316] باب الشهادات [574-317/585-322] باب الأقضية [586-323/603-330] باب الديات [604-331/610-335] باب القسامة [611-336/615-338] باب أحكام القتل والجراح [616-339/634-345] باب حد القذف [635-346/638-347] باب حد الزنا [639-348/644-350] باب حد السرقة [645-351/650-352] باب أحكام الغائب [651-353/661-358] باب أحكام البنان [662-359/676-365] باب حكم المجهول [677-366/687-371] باب الاثلاث [688-372/699-375] باب الشروط [700-376/708-379] باب الاستحقاق [709-380/718-383] باب الضمان [719-384/734-390] باب الأمانة [735-391/393-396] باب الوكيل [736-394/740-396] باب الوالد [741-397/755-401] باب أحكام الصبي [756-402/769-407] باب الوصي [770-408/783-413] باب أحكام السفية [784-414/788-416] باب أحكام العبد [789-417/811-424] باب أحكام المرأة [812-425/825-430] باب أحكام الذمي [826-431/845-437] .

تم ذكر الأبواب

(*) الفهرس من وضع المؤلف والأرقام المحصورة بين المعقافات زيادة من المحققين : الرقمان الأولان لفقرات الكتاب ، والرقمان الثالث والرابع للصفات .

(1) كذا ورد هنا ، في الكتاب : بغير تراض . (2) هذه العناوين زيادة منا .

(3) ورد هنا باب الإكراه مؤخرًا على باب الشهادات .

/ بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم . [2 - ب]

باب الوضوء (*)

[الماء المتغير]

1 - قال حمد : أصل مذهب مالك بن أنس والرواة أصحابه : أن كل ماء خالطه شيء غيره طاهراً كان ذلك الشيء أو نجساً حتى غلب عليه حكمه إما في لونه وإما في طعمه وإما في رائحته ، فإن ذلك الماء خارج من الماء الذي جعله للظهور أو أمر بالوضوء به (1) .

[المتغير بطاهر]

2 - ومن توضأ بشيء منها أعاد الصلاة في الوقت وبعده (2) .
وهي كالانبذة (3) والامراق وماء الورد وماء الزعفران وماء أنقع فيه خبز أو جلد أو ما أشبه ذلك (4) .

(*) الوضوء : مشتق من الوضأة وهي النظافة والحسن .

وشرعا طهارة مائية تتعلق بأعضاء مخصوصة على وجه مخصوص

انظر : (الشرح الصغير 1/104) .

(1) الماء الذي جعله الشارع للظهور هو الذي لم يتغير بشيء غير ملازم له .

وقال تعالى : (وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به) الانفال : 11

وقال سبحانه : (وأنزلنا من السماء ماء طهوراً) الفرقان : 48

2 - تعاد الصلاة لان الحدث لا يرفع الا بالماء المطلق الباقي على اوصاف خلقته .

(3) المراد غير المسكر منها لأن المسكر نجس .

(4) في ذلك تفصيل انظره في (حاشية الصفني على الجواهر الزكية، 37)

[المختلف في طهارته]

3 - وما جرى في كتبهم من ذكر الماء النجس الذي من توضأ به أعاد في الوقت ، إنما هو الماء النجس الذي اختلف في طهارته العلماء (5) .

[المتغير بنجس]

4 - وأما ما وقع فيه الاتفاق من أجل ما غلب عليه من حكم النجاسة ، فالصلاة به غير جائزة وتجب أعادتها أبدا .

[ما يترتب عن الملامسة]

5 - محمد : الملامسة (6) التي تصحبها الشهوة إذا كانت باليد أو ببعض الأعضاء حاشا الفرج ، توجب خمسا من الاحكام :

- تنقض الطهارة ان كان طاهرا .

- وتبطل صلاته إن كان حينئذ مصليا .

- وتوجب فطره ويلزمه القضاء ان كان صائما .

- وتوجب عليه الهدي إن كان محرما (7) .

- وتحرم بنت المرأة الزوجة ان كان لم يكن دخل بها (8) .

- وتحرم أمها وابنتها ان كانت امة وتحرم بذلك على أبيه وابنه (9) .

(5) الماء المختلف في طهارته هو الذي حلت به نجاسة ولم تغير وصفا من أوصافه وكان يسيرا. ووجه الاعادة في الوقت لمن توضأ بهذا الماء مراعاة الخلاف. وهذا مذهب الرسالة والمدونة وشهر بعض شراح خليل القول بعدم الاعادة .

(6) ملاقة جسم لجسم على جهة الاختبار ولو كان ظفرا أو شعرا .

(7) الاحرام : ابن عرفة بقوله (صفة حكمية توجب لموصوفها حرمة مقدمات الوطء مطلقا والقاء التفت والطيب ولبس الذكور المخيط والصيد لغیر ضرورة لا يبطل بما تمنعه) (شرح حدود ابن عرفة).

(8 و9) سيأتي هذا الحكم في باب (ما يحل ويحرم من النكاح) .

محمد : الذي ذكرته في التذاذ الصائم رواية ابن القاسم عن مالك في المدونة (10)

[ما يترتب عن مغيب الحشفة]

6 - ومغيب الحشفة (11) عند المسيس يوجب سبعا من الأحكام (12) :

- يوجب الغسل .

- ويثبت الحد .

- ويفسد الحج .

- ويفطر الصائم .

- ويحل المطلقة .

- ويتم الصداق .

- ويوجب حكم الاحصان

[نسيان فرض أو سنة من الوضوء]

7 - ومن مشهور أصولهم : أن حكم الناسي لشيء من مفروض الوضوء ، خلاف حكم الناسي لشيء من مسنونه :

(10) يذكر ابن القاسم ان من لامس امرأته فانزل يكون عليه القضاء والكفارة عند مالك. وكذلك ان لامست هي ذكره فأمكنها من ذلك حتى انزل (المدونة: 1/198 ، 199) .

(11) الحشفة : الكمرة (بفتح الميم) وهي رأس الذكر .

فاذا غيبها صاحبها وهو بالغ ولو غير منتشرة في فرج وجبت الاحكام الشرعية المذكورة اعلاه .

(12) يقول عبد الله بن ابي زيد في رسالته: « مغيب الحشفة في الفرغ يوجب الغسل ويوجب الحد . يجب الصداق ، ويحصن الزوجين ، ويحل المطلقة ثلاثا للذي طلقها ، ويفسد الحج ، ويفسد الصوم » (الفواكه بدوي : 114/1 ، 115) .

والاحصان يكون للزوجين الحرين المسلمين العاقلين البالغين اللذين كان عقد نكاحهما صحيحا لازما وكان رطوهما متاحا مع انتشار .

من ترك من المفروض شيئاً أعاد الصلاة ابداً في الوقت وبعده .

ومن ترك شيئاً من مستنوي الوضوء لم يعد في وقت ولا غيره .

والمفروض ما ذكره الله في كتابه (13) من غسل الوجه واليدين الى المرفقين والمسح بالرأس وغسل الرجلين (14) .

والمستنوي : المضمضة ، والاستنشاق ، والاستنثار ، ومسح داخل الاذنين (15)

[نواقض الوضوء]

8 - وأصل انتقاض الوضوء ثلاثة أشياء : النوم (16) ، والملاسة ، والحدث (17) من أحد المخرجين .

[بول الحيوان]

9 - انظر فكل ما أكل لحمه ، فبوله طاهر ، وما لم يؤكل لحمه فبوله نجس ، الا ان

(13) قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم الى الكعبين » المائدة : 6 .

(14) تسمى هذه الفرائض بالفرائض القرآنية وهي فرض بالاجماع .

وللوضوء فرائض أخرى على مشهور المذهب وهي : النية والدلك والفور (الشرح الصغير : 104/1) .

(15) هناك سنن أخرى وهي : غسل اليدين الى الكوعين عند الشروع في الوضوء ، ورد مسح الرأس ، وتجديد الماء لمسح الاذنين ، وترتيب فرائض الوضوء بان يغسل الوجه ثم الذراعين ثم مسح الرأس ثم يغسل الرجلين (الجواهر الزكية : 51 وما بعدها) .

(16) النوم اذا كان ثقيلاً سواء طال او قصر .

اما الخفيف فلا ينقض الوضوء لما روى مسلم « ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ينامون ثم يصلون ولا يتوضؤون » .

وانما فرق بين النوم الثقيل والخفيف لأن الأول لا يشعر صاحبه بالحدث بخلاف الثاني فان صاحبه يحس بالحدث اذا خرج منه (الفواكه الدواني : 111/1) .

(17) هو الذي يخرج بصفة معتادة من احد السبيلين على وجه الصحة ، ويشمل البول ، والغائط ، والمذي ، والودي ، والريح (العزية : 89) .

يكون من الدواب والطيور التي تأكل الأشياء النجسة مثل الدجاج المخلاة (18) فإن براها نجسة .

والفرق بين ابرالها ولحومها الجائز اكلها ان الأبرال هي عين الماء النجس والممتزج بالنجس ، واللحم انما كان عن اختلاف العين فحل أكله .

[انتقاض التيمم]

10 - انظر الى التيمم : فاذا وجب عليه طلب الماء انتقض تيممه (19)، وإذا لم يجب عليه الطلب لم ينتقض تيممه (20).

[التيمم للصلاة]

11 - بيان ذلك فوهم : لا بأس/ان تصلي نافلة بتيمم صلاة الفريضة، ولا تصلي [3-أ] المكتوبة بتيمم صلاة النافلة (21).

(18) سئل مالك عن الدجاج والاوز تشرب في الاناء أيتوضأ به ؟ . قال : لا ، إلا ان تكون مقصورة لا تصل الى النتن ، وكذلك الطير التي تأكل الجيف ، وإذا كانت مقصورة فلا بأس بسورها .
وقال ابن القاسم : فإن لم يجد ماء غيره وعلم انها تأكل النتن يتيمم ولا يتوضأ من ذلك الماء (المدونة : 6/1) .
(19) التيمم لغة : القصد وبهذا المعنى ورد قوله تعالى : « ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون » البقرة 267 .
وشرعا : طهارة ترابية تشتمل على مسح الوجه واليدين بنية تستعمل عند عدم الماء او عدم القدرة على استعماله .
والأصل فيه قوله تعالى « فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا » النساء 43 .
(20) يجب طلب الماء على من ظن وجوده فيما دون ميلين دون أن يشق عليه ، فاذا قصر هذا في طلبه وتيمم ثم وجده فيما دون الميلين فإنه يعيد صلاته في الوقت استحبابا لتفريطه في الطلب . ولا يعيد اذا وجد ماء على بعد اكثر من الميلين لانه لا يجب عليه طلبه (الشرح الصغير : 190/1 ، 191) .
وأما من ترك الطلب الواجب وصلى ثم وجد الماء الذي يظن وجوده فيما دون الميلين فإنه يعيد ابدا (حاشية الصاوي : 190/1) .

(21) يجوز لمن نوى التيمم لفريضة ان يصلي بتيممه نافلة بشرط ان يقدم الفريضة ، وإذا نوى النافلة فلا يصلي بذلك فريضة . وإذا نوى نفلا ، أو مس مصحف ، أو قراءة ، أو طوافا فله أن يفعل بذلك غير ما نواه منها متقدما أو متأخرا (الشرح الصغير : 190/1 ، 187) .

[نسيان عضو في الطهارة]

12 - وأصل قولهم في الرجل يذكر أنه بقي عليه طهارة بعض أعضائه : أنه ان كان بحضرة ذلك (22)، غسل ما نسي وأعاد ما بعده .

وان كان قد تناول ذلك غسل ما نسي فقط ولا يؤخر ذلك وان أخره أعاد الوضوء من أوله (23) .

[الصلاة في ثوب نجس]

13 - واختلفوا في المصلي وفي ثوبه نجس :

فمذهب ابن القاسم ان يعيد في الوقت (24) وان ذهب الوقت لم يعد (25) .

ابن وهب : ومن صلى وفي ثوبه دم حيض (26) أعاد في الوقت وبعده .

وهكذا ذكر أبو إسحاق العزفي عن أشهب في سماعه عنه ان قليل دم الحيض وكثيره تعاد منه الصلاة في الوقت وبعده .

[غسل النصرانية]

14 - واختلفوا في المسلم تكون تحته النصرانية : هل يكرها على الغسل ؟

(22) يعني : بالقرب .

(23) ما ذكره المؤلف يتعلق بنسيان فرض في الطهارة الصغرى، أما في الغسل فان من ترك لمعة ثم تذكرها فانه يغسلها ولا يعيد ما بعدها سواء تذكر بالقرب أو بالبعد ، وان لم يتذكر حتى صلى فعل المنسي وأعاد الصلاة (الدر الثمين : 110/1 ، 138) .

(24) الاعادة إذا كانت في الوقت فهي على وجه الاستحباب .

(25) انظر (المدونة : 91/1 ط . 1 السعادة مصر) .

(26) دم الحيض هو الخارج بنفسه من فرج الممكن حملها عادة غير زائد على خمسة عشر يوما من غير ولادة (الدر الثمين : 134/1) .

ابن القاسم : يكرهها على الغسل من الحيضة ، لا من الجنابة (27)

وقال اشهب : لا يكرهها على الغسل في حيض ولا جنابة .

وقاله محمد بن عبد الله بن عبد الحكم .

[الوضوء من مس الذكر]

15 - واختلفوا في الذي يمسه ذكره ناسيا (28) :

ابن القاسم : عليه الوضوء (29) .

ابن وهب : لا وضوء عليه .

[صلاة من مس ذكره]

16 - سحنه . اختلف قول ابن القاسم في المصلي وقد مس ذكره ، فمرة قال : لا

اعادة عليه ، ومرة قال : يعيد في الوقت .

ابن حبيب : روى المدنيون عن مالك انه يعيد الصلاة في الوقت وبعده . وروى
المصريون عنه انه يعيد في الوقت لا غير .

ابن حبيب : ان كان عامدا اعاد في الوقت وبعده ، والناسي يعيد في الوقت خاصة .

[مسح بعض الرأس في الوضوء]

17 - واختلفوا في الذي يمسح بعض رأسه .

(27) يقول ابن القاسم : تجبر النصرانية التي تكون زوجة لمسلم على الغسل من الحيضة ليطأها من قبل أن المسلم لا يطأ امرأته حتى تطهر من الحيض وأما الجنابة فلا بأس ان يطأها وهي جنب (المدونة 32/1 ، 33 ط . 1 السعادة مصر) .

(28) يكون المس ناقضا للوضوء اذا وقع بباطن الكف أو جنبه أو بباطن الأصابع أو بجنبها من غير حائل سواء صحبته لذة أم لا (العزية : 93 ، 94) .

(29) انظر (المدونة : 8/1 ، 9) .

فقال ابن القاسم : لا يجزيه ذلك ويعيد الصلاة ابدا (30) .

وروى أبو اسحاق عن أشهب ان صلاته مجزية .

[الاستنجاء]

18 - وذكر محمد بن ابراهيم بن عبدوس في كتاب الوضوء من كتاب مجموعته : ان مالكا سئل عن الاستنجاء (31) بالروثة [والحممة والعظم الطاهر] (32) فقال : ما سمعت فيه ينهي عام (33) .

قيل له : أترى بذلك بأسا ؟ قال : ما أرى .

وذكر عبد الملك بن حبيب في كتابه : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستنجاء بالروث و [الحممة] والجلد والعظم (34) .

قال ابن حبيب : كان مالك يكره الاستنجاء بالعظم والروثة ويستخف ما سوى ذلك .

(30) استدل على وجوب مسح جميع الراس بظاهر القرآن قال تعالى : « وامسحوا برؤوسكم » المائدة 6 . والباء هنا للالتصاق ولم يصحح اهل اللغة انها للتبويض . والرسول صلى الله عليه وسلم مسح رأسه في الوضوء بيديه فأقبل بها وأدبر بدأ بمقدم رأسه ثم ذهب بها الى قفاه ثم ردها حتى رجع الى المكان الذي بدأ منه ... كما جاء في الموطأ والصحيحين (حاشية الصفتي على الجواهر الزكية : 47) .

(31) الاستنجاء : ازالة النجاسة وتطهير محلها (المخرجين) .

واصل الاستنجاء ان يكون بالماء واما اذا كان بالحجارة فهو استجار .

(32) بالاصل طمس . وما اثبتناه اقتضاء السياق كما في كتب الفقه . قال أبو عبيد : الحممة : الفحم .

(33) روى أبو داود : « انه قدم وفد الجن على النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا : يا محمد انه أمتك أن يستنجوا بعظم أو روث أو حممة فان الله جعل لنا فيها رزقا ، فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك .

وتصح ازالة النجاسة بالاستنجاء وبلاستجار لكن الأول أفضل .

وتجزي ازالة النجاسة بغير نية لانها من باب التروك التي لا تفتقر الى نية لظهور علة الحكم في ذلك وهي النظافة (الفواكه الدواني 1/128 ، 129) .

(34) قال أبو هريرة : اتبعت الرسول صلى الله عليه وسلم وخرج لحاجته فقال : « ابغني احجارا استنفض بها ولا تأتي بعظم ولا روث » البخاري .

قال عبد الملك بن حبيب : فمن استنجى بما يكره له من ذلك أو بحجر واحد (35) أجزاء وقد اخطأ في ذلك .

محمد بن عبد الحكم : ان صلى بذلك الاستنجاء ، فصلاته باطلة .

! المتيمم ناسي الماء [

19 - واختلفوا في الرجل يصلي بتيمم ، ولا يذكر أن في رحله الماء (36) .

فقال ابن القاسم : انما عليه الاعادة في الوقت (37) .

وذكر عبد الله بن عبد الحكم عن مالك في المختصر الكبير : ومن تيمم ووجد الماء في رحله فلا اعادة عليه وان اعاد فحسن .

وذكر عبد الملك بن حبيب عن ابن الماجشون ومطرف واصبغ : انه يعيد ابدا .

! الوضوء من مس الفرج [

20 - واختلفوا في المرأة تمس فرجها :

- ابن القاسم : لا وضوء عليها (38) .

- وذكر ابن حبيب في كتابه عن بعض اصحاب مالك ان عليها الوضوء .

(35) اذا كان الاستنجاء بجامد كالحجر فيندب الترحيث انتقى المحل بالشفع والا فالانتقاء متعين ، وينتهي ندب الايتار للسبع فمن أنقى سبع لا يطلب بتاسع (الشرح الصغير: 1/97.96) قال عليه السلام « من استجمر فليوتر » البخاري .

(36) اذا تذكر وهو في الصلاة تبطل صلاته ان كان الوقت متسعا والا فلا تبطل (العزبة : 114) .
(37) هذا يتعلق بناسي الماء الذي معه اذا تذكره بعد الصلاة واعادته في الوقت على سبيل الندب لتقصيره في طلب الماء . اما الواجد لماء بعد الصلاة فلا يعيد (ن . م .) وانظر (المدونة : 43/1 . ط . 1 السعادة مصر) .
(38) مس المرأة فرجها لا ينقض الوضوء الطفت ام لا . وقيل ينقض اذا الطفت (اي ادخلت فيه اصبعها) أو قبضت عليه (العزبة : 94) .

[حيض المبتدأة]

21 - واختلفوا في المرأة ترى الدم أول ما تراه (39) فيتأدى بها:

ابن القاسم : تمسك عن الصلاة خمسة عشر يوما (40) .

وروى علي بن زياد عن مالك : أنها تجلس قدر أيام لِداتها .

[حيض الحامل]

22 - واختلفوا في الحامل ترى الدم على حملها (41) .

ابن القاسم : ليس أول الحمل كآخره ، ان رآته في أوله أمسكت خمسة عشر يوما ، وان رآته في آخره أمسكت عشرين يوما (42) .

3- ب | وقال المغيرة المخزومي وأشهب :/ الحامل وغير الحامل بمنزلة سواء (43) .

وروى علي بن زياد عن مالك : انها تجلس اقصى ما يكون الدم بالحوامل ، ولم يجد أياما .

(39) الحائض اما ان تكون مبتدأة أو معتادة أو حاملا ، والكلام هنا عن الأولى .

(40) أكثر الحيض للمبتدأة إن استمر بها الدم خمسة عشر يوما وما زاد على ذلك فهو دم علة وفساد تصوم معه المرأة وتصلي وتوطأ (الشرح الصغير : 209/1) .

(41) يذهب المالكية الى ان الحامل تحيض ، وعلى هذا فاذا رأت الحامل الدم ، فانها لا تصلي ولا تصوم ولا تدخل مسجدا ولا توطأ ، وبهذا افتنى الشافعية .

قال احمد الصاوي « دلالة الحيض على براءة الرحم ظنية واكتفى بها الشارع وفقا للنساء » (حاشية الصاوي : 209/1) .

(42) قال مالك : « ليس أول الحمل كآخره » .

وقال ابن القاسم ان رأت الدم في ثلاثة اشهر او نحو ذلك تركت الصلاة خمسة عشر يوما أو نحو ذلك واذا تجاوزت الستة اشهر من حملها ثم رآته تركت الصلاة ما بينها وبين العشرين يوما أو نحو ذلك (المدونة، 54/1 ، 55 ط . السعادة مصر) .

(43) بالاصل : سوى .

وفيها قول رابع رواه مطرف عن مالك : ان رآته في أول الشهر أمسكت أيام حيضتها وان رآته في الثاني أمسكت مثلي ذلك ، وان رآته في الثالث أمسكت ثلاثة امثال ذلك حتى تبلغ ستين يوما .

[تيمم المسافر فاقد الماء والمريض والخائف]

23 - واختلفوا في الوقت الذي يؤمر فيه المسافر الذي لا يجد الماء والمريض والخائف (44) بالتيمم :

ابن القاسم : يتيممون في وسط الوقت، الا ان يكون المسافر على يأس من الماء ، فيتيمم في أول الوقت (45) ، فان تيمموا وصلوا ثم وجدوا الماء ، لم يعد المسافر واعاد المريض والخائف ، لأن المسافر لم يكن واجدا للماء ، والمريض والخائف كانا واجدين للماء ، ولكن منعها الخوف والمرض عن تناوله .

وذكر هذا الأصل ابن حبيب في كتابه ، فقال : اما المسافر فان كان عالما بالمكان يائسا من الماء تيمم في وسط الوقت ، وان كان عالما راجيا أو جاهلا بالمكان ، أخر التيمم الى آخر الوقت .

قال : وأما المريض فان كان مثل المجذوم والمحسوب ومن لا يستطيع ان يمسه الماء ، فانه يتيمم في أول الوقت ، وان كان على غير ذلك الا انه لا يجد من يناوله الماء ، فانه يؤخر التيمم الى آخر الوقت .

وقال ابن كنانة فيما ذكر عنه ابن عبدوس : انه ان لم يجد الماء فلا يتيمم الا في آخر الوقت .

(44) الخائف من سباع أو لصوص أو نحو ذلك .

(45) يقول مالك : لا يتيمم في أول الوقت مسافر ولا مريض ولا خائف الا ان يكون المسافر على إياس من الماء ، فإذا كان على إياس من الماء تيمم وصلى في أول الوقت وكان ذلك له جائزا ولا اعادة عليه وان قدر على الماء ، والمريض والخائف يتيممان في وسط الوقت .

وان وجد المريض أو الخائف الماء في ذلك الوقت فعليهما الوضوء والاعادة (المدونة 42/1 ط . السعادة مصر .)

ومذهب ابن القاسم انه ان تيمم وهو يعلم انه يصل الى الماء في الوقت ، أن عليه الاعادة
ما دام في الوقت .

وذكر ابن حبيب : أنه يعيد ابدا .

تم كتاب الوضوء

باب الصلاة (*)

[نية الإقامة في السفر]

24- أصل مذهب مالك بن أنس رحمه الله والرواة من أصحابه : أن حكم الإقامة للمسافر ، يحدث نيته لذلك . والسفر لا يحدث حكمه بالنية ، دون الظعن .

[صلاة السفر]

25 - والسفر الذي تقصر فيه الصلاة ، هو السفر الذي يفطر فيه الصائم في رمضان (1) .

[عقد الركعة]

26 - والأصل في عقد الركعة في جميع المسائل رفع الرأس منها (2) ، إلا إذا دخل في نافلة من فريضة ، فإنه إذا اطمأن راكمًا فقد بطلت فريضته ، وانعقدت ركعته . وذكر محمد بن المواز : أن عقد الركعة رفع الرأس منها ،

وذكره عن أشهب بن عبد العزيز .

[تدارك الفرض في الصلاة]

27 - وكل من نسي من صلب صلاته شيئًا ، فإنه يتدارك ذلك بالاصلاح ما لم يعقد

(*) الصلاة لغة : الدعاء ، وبهذا المعنى جاء قوله تعالى « وصلّ عليهم » التوبة 103 أي ادع لهم . وتطلق على القراءة كقوله تعالى « ولا تجهر بصلاتك » الاسراء 111 .

وشرعا : قال ابن عرفة : « قرينة فعلية ذات إحرام وسلام أو سجود فقط . فيدخل سجود التلاوة وصلاة الجنابة (حاشية الصفني : 75) .

(1) وهو السفر الذي تكون مسافته أربعة برّد وهي تساوي ثمانية وأربعين ميلا .
روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تقصر الصلاة في أقل من أربعة برّد » الدارقطني .
والبريد أربعة فراسخ والفرسخ ثلاثة أميال والميل ألف ذراع (زدوق على الرسالة 1/240) .

(2) يعني الرفع من ركوعها .

الركعة التي بعدها ، فان عقدها فقد بطلت الركعة التي نسي منها ما نسي (3) .

[سجود السهو]

28 - انظر : فكل سهو (4) دخل على المصلي من النقصان (5) فالسجود لذلك (6) قبل السلام .

وكل سهو دخل من الزيادة ، فالسجود له بعد السلام (7)

فان اجتمعا في صلاة فالسجود لذلك قبل السلام (8) .

ومذهب ابن القاسم : أنه اذا ترك سجود السهو الذي يجب عليه قبل السلام ناسيا ، فان كان السجود وجب على سهو كثير ، بطلت الصلاة ووجب اعادةها ، وان كان عن سهو قليل فلا شيء عليه (9) .

(3) من نسي ركنا من اركان الصلاة يجبره بالاتيان به ان لم يعقد الركعة الموالية ، فان عقدها أتى بركعة اخرى مكان الركعة التي ترك ركنا منها بحيث تصلح الأولى ما لم يعقد الثانية والثانية ما لم يعقد الثالثة والثالثة لم يعقد الرابعة .

وله يشر المصنف الى ركنتين لا يمكن استدراكهما بل يستأنف الصلاة من نسيهما وهما : النية وسبب الاحرام (زروق، على الرسالة : 206/1) .

(4) السهو الذهول عن شيء سواء تقدمه ذكر ام لا .

(5) يعني نقصان سنة مؤكدة فاكتر من سنن الصلاة او سنتين خفيفتين فأكثر ، والسنن المؤكدة هي : السورة ، السر والجهر في محلها ، التسميع ، التشهد الأول ، الجلوس الأول ، التشهد الثاني ، الجلوس الثاني .

(6) سجود السهو يكون بسجدين يتشهد لهما ويسلم منهما ، وهو سنة مؤكدة ، وبه تجبر الصلاة .

قال القرافي : « ان التقرب الى الله بالصلاة المرقعة المجبورة اذا عرض فيها الشك أولى من الاعراض عن ترقيعها والشروع في غيرها . وقد قال صلى الله عليه وسلم « لا صلاتين في يوم » (الجواهر الزكية : 115، 114) .

(7) أشار الى ان السجود البعدي يترتب عن الزيادة سهوا . اذا كثرت الزيادة حتى ادت الى تضعيف عدد الركعات بطلت الصلاة .

ويسجد بعد السلام أيضا من سلم من اثنتين في صلاة رباعية ثم تذكر واكمل ركعتين .

ومن تكلم سهوا كلاما يسيرا من غير ألفاظ الصلاة .

ومن شك في عدد الركعات ولم يكن مستنكحا فبنى على الأقل (الشرح الصغير : 379/1 ، 380) .

(8) في ذلك تغليب للنقص على الزيادة .

(9) مثال السهو القليل ترك التشهد ، انظر (المدونة : 137/1 . ط . 1 السعادة مصر) .

والذي تبطل به الصلاة ترك ثلاث سنن على المشهور .

ومن ترتب عليه سجود بعدي فانه يسجده متى ذكره ولو طال الوقت (الدر الثمين : 28/2) .

ابن الماجشون : يسجدنها ما دام على وضوء ، لأنها ليستا من عمل الصلاة ، وإنما هما ترغيم للشيطان ، فان انتقض وضوؤه ... هو القياس (10) .

وقوله : يعيد/إن انتقض وضوؤه نقض لأصله .

[4 -]

[القيام في الصلاة]

29 - الأصل في القيام انه فرض في صلوات الفرائض (11) .

وفي النوافل ان شاء صلى قائما ، وان شاء صلى جالسا (12) .

قال ابن القاسم : وله ان يفتح النافلة جالسا ثم يقوم قبل ان يركع وله ان يفتحها قائما ثم يجلس .

أشهب : اذا بدأها قائما فليس له ان يخفف عن نفسه بالجلوس .

[الفاتحة في الصلاة]

30 - أصل مذهب مالك في قراءة أم القرآن في الصلاة : أن غيرها لا يجزئ منها (13) وتجزئ هي من غيرها .

[السورة في الصلاة]

31 - قال ابن القاسم : اذا ترك قراءة السورة (14) التي مع ام القرآن في صلاته كلها

(10) بياض بالاصل بمقدار ثلاث كلمات .

(11) القيام لتكبيره الاحرام والقيام لقراءة الفاتحة فريضتان من فرائض الصلاة .

(12) الامام لا يصلي جالسا حتى في النافلة لقوله صلى الله عليه وسلم : « ولا يؤم الرجل القوم جالسا » (المدونة : 81/1 ط . 1 السعادة مصر) .

قال ابن رشد : « ويؤم الجالس بعذر مثله اتفاقا » (الدر الثمين : 53/2) .

(13) قراءة الفاتحة من اركان الصلاة بالنسبة للامام وللقد ويمكن لمن لا يحسنها ان يصلي ماموما (العزية : 162) .

(14) قراءة السورة من سنن الصلاة . ويقوم مقامها آية أو آيات ويندب اتمام قراءة السورة (ن ، م) .

عامدا فليستغفر الله ولا شيء عليه (15) ، وكذلك ان قرأها في الأربع عامدا .

[ادخال ما ليس من الصلاة في الصلاة]

32 - سحنون : سمعت علي بن زياد يقول : من ادخل في صلاته عامدا ما ليس منها بطلت عليه (16) .

[اعادة الصلاة مع جماعة]

33 - ومن صلى وحده ثم أعاد صلاته مع الامام : لم يقطع (17) لأن فريضته هي الأولى لا الثانية ، ولذلك لم يجز أن يؤم غيره في الصلاة التي صلى وحده .

كل الصلوات لا يكره للرجل اعادةتها مع الامام اذا صلاها وحده الا المغرب فان اعادةها أضاف اليها ركعة رابعة لأن الصلاة مثنى مثنى (18) .

وروى ابن وهب عن مالك : انه يعيد المغرب ثلاثا .

[قصر صلاة المسافر]

34 - وحد الإقامة للمسافر التي يصير بها الى اتمام الصلاة اربعة أيام .

سحنون : انظر : فان نوى إقامة عشرين صلاة أتم ، لا يبالي أي وقت نوى الإقامة من نهار أو ليل .

وكذلك ذكر محمد بن ابراهيم بن المواز في كتابه .

(15) في حكم قراءة السورة تفصيل انظر (الدر الثمين : 182/1) .

(16) يشير إلى مبطلات الصلاة التي منها تعد النفخ وتعد الكلام لغير اصلاح الصلاة . والفقهية، وعمد شرب أو أكل (ن . م : 32/2 و 33) .

(17) يشير ابن حارث بهذا القول بتفويض النية . وهو مشهور بأربعة أقوال : نية الفرض ، أو نية النفل ، أو اكمال الفريضة (الدر الثمين : 52/2) .

(18) انظر في موضوع اعادة الصلاة مع الامام (المدونة : 87/1 ط 1 . السعادة مصر) .

والوقت الذي يدخل به في حكم السفر هو اذا ظعن وجاوز بيوت القرية ، وكذلك حكمه في الدخول اذا خالط البيوت وجب عليه الاتمام (19) .
انظر : فكل سفر يجوز لصاحبه الخروج اليه ، فهو كالذي أبيح له فيه الافطار والاقصار (20) .

وما لم يبح له الخروج فيه (21) فلا يجوز لصاحبه فيه فطر ولا تقصير (22) .
وحكم المسافر اذا دخل في صلاة المقيم وجب عليه الاتمام .

[صلاة المريض]

35 - جملة القول في صلاة المريض : يصلي كيف تيسر له (23) لا يكلف شيئا من المشقة (24) ولا سبيل الى تأخير الصلاة البتة (25) .

[سهو الامام]

36 - وكل ما وجب على الامام من سهو وجب مثله على المأموم (26) .

-
- (19) انظر (الشرح الصغير : 476/1) .
(20) تقصر الصلاة ويرخص في الافطار لمن كان سفره جائزا مأذونا فيه شرعا وهذا يشمل السفر الواجب والمندوب والمباح (الشرح الصغير : 474/1) .
وحكم القصر السنية على مشهور مذهب مالك كما قال عياض (ابن ناجي على الرسالة : 241/1) هـ
(21) مثل سفر قاطع الطريق والعاق .
(22) لم يذكر المصنف اللاهي بسفره ، والقصر بالنسبة اليه مكروه (الشرح الصغير : 477/1) .
(23) اذا منع العجز أو المشقة مريضا من القيام استقلالاً مثلا استند في صلاته لغير جنب أو حائض ، فان تعذر ذلك صلى جالسا استقلالاً ان قدر والا فمستندا .
ويندب له ان يترجع للجلوس في الحالة التي يجب فيها القيام للقادر .
ومن لم يستطع الجلوس صلى بالايحاء على شقه الايمن أو الأيسر أو على ظهره ورجلاه للقبلة (الشرح الصغير : 358/1 وما بعدها) .
(24) يقول تعالى : « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » البقرة 286 .
(25) في ذلك اشارة الى عدم التهاون باداء الصلاة في أوقاتها قال تعالى « ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا » النساء 103 .
(26) بخلاف ما إذا سهوا المأموم فترتب عليه سجود قبلي أو بعدي دون ان يسهوا الامام فلا سجود على المأموم ما دام مقتديا بالامام ويعمل الامام عنه ذلك ،
اما المأموم المسيب الذي سلم إمامه فقام هو لقضاء ما فاته فانه ان سهوا حينئذ فحكمه كالقذ (الدر الثمين : 19/2) .

[بطلان صلاة المأموم لبطلان صلاة الامام]

37 - وما دخل في صلاة الامام من فساد ادخله الامام على نفسه (27) فبطلت صلاته ، دخل مثله على المأموم ، وبطلت صلاته .

[بطلان صلاة الامام دون صلاة المأموم]

38 - وما لم يدخله الامام على نفسه من بطلان الصلاة ، فلا تبطل الصلاة على المأموم ، ويستخلف الامام ويخرج ، مثل ان يحدث مغلوبا ، او يذكر انه جنب أو على غير وضوء (28) .

[شروط الجمعة]

39 - وأصل القول في الجمعة: إنها لا تلزم الا بمكان (29) :

- البلد .
- والاقامة (30) .
- والجماعة (31) .
- والوقت (32) .
- والخطبة (33) .

(27) كأن يتعمد الحدث او القهقهة .

(28) وكذلك الحكم لو طرأ عليه شك في دخوله الصلاة بوضوء أولا ولو تحقق الطهارة والحدث وشك في السابق منها .

أما إن شك في انتقاض وضوئه فانه يتأدى ، ثم ان بان له الطهر لم يعد الصلاة والا اعادها الامام فقط .
واذا طرأ على الامام في الصلاة جنون أو اغشاء فان المأمومين يستخلفون غيره ويواصلون الصلاة (الشرح الصغير: 466/1 ، 467) .

(29) يعني بها بعض شروط الجمعة التي بتوفرها تجب صلاة الجمعة .

(30) لا تجب الجمعة على المسافر الا اذا نوى اقامة اربعة أيام كاملة (العزيمية: 196) .

(31) اقلها اثنا عشر رجلا (ن ، م) .

(32) وهو يبتدىء من الزوال (ن ، م)

(33) للجمعة خطبتان قبل الصلاة لا بد ان يحضرهما الجماعة التي تتعقد بهن الجمعة (العزيمية: 200/201) .

[السجود الكامل]

40 - وقام السجود وكماله : أن يكون على الأنف والجبهة .

والذي لا بد منه ان يكون على الجبهة .

والجبهة تجزى من الأنف في السجود، والأنف لا يجزى من الجبهة (34) .

[صلاة من حضر الجمعة ممن لم تجب عليه]

41 - وكل من لا تجب عليه الجمعة ، فإذا حضرها صار من أهلها .

[سجود التلاوة]

42 - الوقت الذي لا يسجد من قرأ السجدة هو الوقت الذي لا يصلّى فيه على الجنائز (35) .

[ذكر صلاة في صلاة]

43 - وكل من ذكر صلاة وهو في صلاة ، بطلت عليه الصلاة التي هو فيها (36) ، وكل صلاة هو في وقتها .

(34) السجود على الأنف مستحب على الراجح (ن ، م : 163) . وانظر المدونة: 71/1 .
(35) قال ابن القاسم : (ان قرأها (آية السجدة) بعد العصر والشمس بيضاء نقية لم يدخلها صفة رأيت ان يسجدها وان دخلتها صفة لم ار ان يسجدها .
وان قرأها بعد الصبح ولم يسفر فأرى ان يسجدها . فان اسفر فلا أرى ان يسجدها ، الا ترى ان الجنائز يصلّى عليها ما لم تتغير الشمس وتسفر بعد صلاة الصبح وكذلك السجدة عندي (المدونة: 110/1 . ط 1 . السعادة مصر) .

(36) تبطل الصلاة التي يتذكر المصلّي فيها صلاة حاضرة لم يفت وقتها لأن الترتيب بين الحاضرتين واجب مع الذكر والقدرة على جهة الشرطية (الفواكه الدواني: 232/1) .

[الجمع في المطر]

[4 - ب] 44 - واختلفوا في الجمع بين المغرب والعشاء في المطر ، فقال مالك/من رواية ابن القاسم : تؤخر المغرب قليلا ، وتقدم العشاء قليلا (37) .

قال محمد بن عبد الحكم : أخبرني أبي عن عبد الله بن وهب أنه جمع مالك المغرب والعشاء وقت المغرب .

محمد بن عبد الحكم : وبه أقول .

[الجمع بين الظهر والعصر]

45 - ابن القاسم : يجمع المريض بين الظهر والعصر في وسط وقت الظهر الا ان يخاف ان يغلب على عقله فليصلها عند الزوال (38) .

أشهب وسحنون : يصلي الظهر في آخر وقتها والعصر في أول وقتها .

ابن القاسم : ولا يجمع بين الظهر والعصر في حضر .

أشهب : لا بأس بذلك على ما جاء به الأثر (39) .

(37) انظر (المدونة: 1/115 . ط 1 . السعادة مصر) .

ويكون الجمع بين المغرب والعشاء في كل مسجد على الصفة المذكورة بسبب الطين والظلمة أيضا، ويراد بهذا الجمع الرفق بالناس . ويكون بتأخير المغرب قليلا . وللجمع مواطن أخرى :

- في عرفات بين الظهر والعصر اثر الزوال .

- وفي المزدلفة بين المغرب والعشاء حين وصوله إليها .

- وفي السفر بين الظهر والعصر ، وبين المغرب والعشاء . انظر تفصيل ذلك (الدارالتمين، 1/195 وما بعدها) .

(38) انظر (المدونة: 1/116 . ط 1 . السعادة مصر) .

(39) عن ابن عباس : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع بين الظهر والعصر، والمغرب والعشاء في غير سفر ولا خوف (ن . م : 1/116 : الدرالتمين : 1/195) .

[فوات الركعة على المسبوق]

46 - ابن القاسم يقول : اذا رفع بعد ان ركع أو بعد ان سجد سجدة استأنف الركعة من أولها .

أشهب وعبد الملك مثله في الركعة الأولى قالا : فاذا عقدها بنى في الركعة الثانية على الركعة ان كان ركعها وعلى السجدة .

[من فاتته الجمعة لا يجمع]

47 - وروى ابن القاسم عن مالك : من فاتته الجمعة لم يجمع مع غيره (40) .

أشهب : يجمعون لفضل صلاة الجماعة على صلاة الفذ .

[تذكر الامام صلاة نسيها]

48 - واختلفوا في الامام يذكر صلاة نسيها .

فقال ابن القاسم : تفسد عليه صلاته ، وعلى من خلفه (41) .

أشهب : يستخلف ولا تبطل .

(40) يرى مالك ان من فاتتهم الجمعة لا يجمعون الظهر اربعا في مسجد غير مسجد الجماعة وانما يصلون أفذاذا (المدونة : 159/1) .

(41) في هذه الحالة يقطع الامام صلاته ولا يستخلف ويقطع المأمومون الذين لا فائتة عليهم وهذا اذا لم يعتقدوا ركعة .

فان عقدها خرجوا عن شفع وجعلوا صلاتهم نافلة في غير المغرب وهذا ما ذهب اليه سند .

اما ابن فرحون فقال بالقطع ولو عقدوا ركعة .

وان لم يذكر الامام الصلاة الفائتة الا بعد الفراغ من الوقتية فانه يصلي الفائتة ويندب له وللمأمومين اعادة الصلاة الحاضرة (المعزية : 144) .

باب الزكاة (*)

[نية القنية ونية التجارة]

49 - قال محمد : أصل مذهب مالك بن انس والرواة من أصحابه: أن القنية (1) في الشيء المشتري يحدث حكمها بالنية فقط (2) ، وان التجارة في الشيء المقتنى لا تحدث بالنية ، ولا تكون الا بالفعل (3) .

(*) الزكاة لغة: الزيادة والنماء والطهارة والصلاح يقال زكا فلان اذا صلح .
وشرعا : تطلق على الحصة المقدرة من المال المفروضة لمستحقيها وتطلق على نفس اخراج هذه الحصة (فقه الزكاة ، 37/1 ، 38) .

(1) هي تملك عروض تملكها شخصا غير معدة للتجارة والنماء بل للاستعمال الشخصي .
وحكمها ان الزكاة لا تجب فيها لحديث سمرة بن جندب : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا ان نخرج الصدقة مما نعد للبيع » أبو داود والدارقطني .
ومثل عروض القنية أواني سلع التجارة والأثاث الثابت للمحلات التجارية فهي لا تزكى لأنها ليست من رأس المال المتداول (ن : م ، 335/1 ، 336) .

(2) تأخذ العروض المشتراة حكم القنية التي لا تزكى بمجرد نية المشتري القنية دون التجارة .
وكذلك تأخذ هذا الحكم اذا اشتراها بلا نية أصلا أو بنية الغلة فقط ، أو بنية الغلة والقنية معا . (الشرح الصغير 638/1) .

(3) الأشياء المقتناة للبيع والشراء من أجل الربح تخرج عنها الزكاة ، على تفصيل سيذكره المصنف
تخرج زكاتها من عوضها بعد بيعها سواء اشترت بنية التجرة أو بنية الغلة الى ان تحين فرصة بيعها بربح أو بنية القنية الى ان تباع (ن ، م : 637 ، 638) .

قال الباجي : « ما كان أصله القنية لم ينتقل الى التجارة الا بالنية والعمل ، والعمل المؤثر في ذلك الابتياح ، فمن اشترى عرضا ولم ينو به التجارة فهو على القنية حتى يوجد منه نية التجارة » . (المنتقى 120/2) .

[زكاة القراض]

50 - سحنون : انظر الى ما صار بيد العامل في القراض (4) من الربح اذا كان قد عمل به حولا أو أقل من حول وجعله تبعا لأصله .

فان وجب في اصل المال زكاة زكى العامل (5) .

وان لم يجب في الأصل زكاة لم يزك العامل ما بيده (6) .

وقد اضطرب كلام ابن القاسم في ذلك وتناقض .

[زكاة فائدة الذهب والفضة]

51 - والأصل في فائدة الذهب والورق أنه لا يجب فيها زكاة الا بعد الحول من يوم الاستفادة (7) ، كان عنده من قبل ذلك مال او لم يكن .

(4) القراض لغة : المضاربة في الأرض . وسيأتي تعريفه الشرعي في بابه .
وشرعا : اعطاء مال لمن يتجر به بجزء من ربحه يتفق عليه ولا يكون القراض بلفظ الاجارة انظر (حدود ابن عرفة : 379) .
(5) يزكي العامل حصته من الربح بعد النضوض والانفصال ، اذا كان أصل المال يجب فيه الزكاة وقد حال عليه الحول .

(6) اذا توفرت الشروط التالية وجب على العامل اداء زكاة ربحه :
- أن يقيم القراض بيده حولا فاكثر ابتداء من يوم التجرة .
- ان يكون رب المال والعامل حريين مسلمين .
- ان لا يكون عليهما دين .
- ان يبلغ رأس المال وربح صاحبه النصاب ، أو يبلغا النصاب بمال آخر يملكه رب المال ويكون مكملًا للنصاب .
واذا لم تتوفر هذه الشروط فان العامل لا يزكي ربحه ولو بلغ النصاب بل يستقبل به سنة .
(الشرح الصغير 1/645 ، 646) .

(7) أشار هنا الى زكاة العين من ذهب وفضة ، والى احد شروط وجوبها وهو حولان الحول على امتلاك النصاب الذي هو عشرون دينارا في الذهب ومائتا درهم في الفضة .
روى علي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : « اذا كانت لك مائتا درهم وحال عليها الحول ، ففيها خمسة دراهم وليس عليك شيء » (يعني في الذهب) حتى يكون لك عشرون دينارا وحال عليها الحول ففيها نصف دينار»
أبو داود .

[زكاة فائدة الماشية]

52 - وانما يراعى النصاب في الماشية :

فإنه ان أفاد ماشية وعنده نصاب - والنصاب منها ما تجب فيه الزكاة ، وما لا تجب فيه الزكاة ليس بنصاب (8) - فحكم الفائدة يجري على حكم النصاب . متى وجب في النصاب وجب في الفائدة (9) .

[تقدير الدينار بالدرهم]

53 - والأصل في الدراهم ان كل عشرة منها محسوبة بدينار في حكم الزكاة والجزية ، وأما في حكم الديات وتقويم السرقة والربح الدينار الذي لا يكون الصداق اقل ، فان تقويمه اثنا عشر درهما بدينار .

[الاختلاط في الماشية]

54 - والاختلاط الذي يكون به أهل الماشية خلطاء (10) هو الاختلاط في الراعي والمرح فقط (11). وأما في غير ذلك فلا يراعى ولا ينظر اليه .

(8) عرف المصنف مفهوم النصاب شرعا .

وانظر في نصاب اصناف الماشية كتاب عمر بن الخطاب في الصدقة وقد رواه مالك في موطئه (الزرقاني على موطأ الامام مالك : 336/2 . 337) .

(9) يقول عبد الله بن أبي زيد : « حول نسل الانعام حول الامهات » .

وسر هذا الحكم ان الكل متفرع من أصل فيتبعه في الحول فهو ملك بملك الأصل (مسالك الدلالة : 123 - 124) .

(10) يقول الباجي في تعريف الخلطاء : « اسم شرعي واقع على الرجلين والجماعة يكون لكل واحد منها ماشية تجب فيها الزكاة فيجمعونها للرفق في الراعي وغير ذلك مما تحتاج اليه الماشية ولا بد لها منه قلت او كثرت ، ويميزي منها لماشية جميعهم ما يميزى ماشية احدهم » .

وقد فرق مالك بين الخليط والشريك فالأول هو الذي يعرف ماشيته والثاني هو الذي لا يعرفها (المنتقى : 136/2) .

(11) ورد في الموطأ قول مالك : « اذا كان الراعي واحدا والفعل واحدا والمراح واحدا والدلو واحدا فالرجلان خليطان » .

ويرى مالك ان ماشية الخليطين تصدق كأنها على ملك رجل واحد لما روى انس ان أبا بكر كتب له : « وما كان من خليطين فانما يتراجعان بينهما بالسوية » وذلك بان تؤخذ الصدقة من ماشية احدها فيرجع على صاحبه بقدر ما ادى عنه من ذلك (ن م : 136/2) .

[زكاة الدين]

55 - والدين حكمه ان يسقط الزكاة عمن هو عليه في المال العين ، اذا لم يكن له مال سوى ذلك العين (12) .

فان كان له مال جعل دينه في ذلك المال وزكى العين (13) :

وأما الماشية والزرع والنخل فان الدين لا يحط زكاة شيء من ذلك .

[زكاة العروض]

56 - حكم العروض في باب الزكاة يتصرف على ثلاثة أوجه :

- فعرض يقوم اذا حال الحول ، وهو العرض الذي يكون للتجارة ويكون شأن صاحبه الادارة (14) .

- وعرض لا يزكيه ولا يقوّمه حتى يبيعه ، فاذا نض ثمنه زكاه حينئذ زكاة واحدة ولو أقام عند/بائعه أعواما ، وهو العرض المشتري للتجارة ، ولم يكن مالكة من اهل (5-1) الادارة (15) .

-
- (12) اذا كان لمدين مال يقابل دينه ، فلا زكاة عليه ولو كان ذلك المال نقدا .
يقول مالك في الموطأ « ان لم يكن عنده من العروض والنقد الا وفاء دينه فلا زكاة عليه حتى يكون عنده من الناض فضل عن دينه ما تجب فيه الزكاة فعليه ان يزكيه » (تنوير الحوالك 194/1 ط دار الفكر) .
- (13) يقول مالك في الموطأ : « الأمر عندنا في الرجل يكون عليه دين ، وعنده من العروض ما فيه وفاء لما عليه من الدين ويكون عنده من الناض سوى ذلك ما تجب فيه الزكاة فانه يزكي ما بيده من ناض تجب فيه الزكاة » يعني انه يجعل العروض في مقابلة الدين ويزكي العين . (الزرقاني على موطأ الامام مالك : 329/2 ، 330) .
- (14) الادارة : بيع العرض بالسعر الواقع كيف كان وتعويضه بغيره وهكذا . وهذا شأن ارباب الدكاكين والذين يطوفون بسلعهم ، ويسمون بالمديرين (الشرح الصغير 639/1) .
- (15) يسمى المالك لهذا العرض بالمحتكر ، وهو الذي يرصد الاسواق لبيع عروضه بثمان مرتفع (ن . م : 639/1) . وفي النوعين المذكورين من العروض يكون النصاب عشرين دينارا والقدر المخرج ربع العشر .

- وعرض لا يقوّمه ولا يزكي ثمنه إذا باعه ، ويستقبل بثمنه حولا، وهو العرض المقتنى والموروث (16) .

[الحول في زكاة المال]

57 - وإذا كان لرجل مال لا تجب فيه الزكاة وحال عليه الحول : فمضى صار بربحه الى العدة التي تجب فيه الزكاة زكاه حينئذ وكان حوله من ذلك الوقت .

[زكاة نتاج الماشية]

58 - وحكم ما توالد من الغنم حكم ما ربح من المال سواء (17) ، فأجرها مجرى واحدا (18) .

[زكاة الديون في التجارة]

59 - وحكم الديون فيما يجب من زكاتها حكم العروض :

ان كان الدين من تجارة مدارة زكاه مع ماله .

(16) تكلم في هذه المسألة عن مال هو ثمن لعرض باعه صاحبه .
وهذا المال اما ان يكون أصله عرض قنية ملك بمعاوضة فالمشهور زكاته لحول من أصله .
او يكون أصله ملك بغير معاوضة كالموروث او بمعاوضة غير مالية كالمدفع في خلع . وهذا فيه طريقتان :
الاولى للخمى تحكي قولين مشهورهما : استقبل الحول بهذا المال .
والثانية لابن حارث : يستقبل اتفاقا (حاشية الصاوي : 683/1) .
والملاحظ ان ابن حارث هنا لم يفرق بين ما كان أصله عرض قنية وما كان أصله ملكا بغير معاوضة وقال باستقبال الحول فيهما .

(17) انظر الفقرة 52 أعلاه .

(18) ربح المال يكون حوله حول أصله ، وفي الانعام يكون حول المتناسل حول الامهات ولو كانت الأخيرة دون النصاب .

ولا خلاف في المذهب ان اولاد الماشية تضم الى امهاتها .

(زروق وابن ناجي على الرسالة : 326/1) وانظر (الزرقاني على الموطأ : 349/2 وما بعدها) .

وان كان الدين من تجارة غير ادارة ، لم يزكه حتى يقبضه (19) .

وان كان الدين من غير مال التجارة ، لم يزكه حتى يقبضه ويحول عليه الحول بعد قبضه .

المغيرة : لا يزكى الدين .

سحنون : انما يزكى الدين مع مال التجارة اذا كان ديناً مرجواً مأموناً ولم يتخلف بالطول والمأطلة .

وكذلك يقول ابن الماجشون في بعض سلع الادارة: اذا تخلف بعضها بالكساد والبوار لم يزكها ربها على حكم الادارة .

[زكاة الاجناس المتحدة]

60 - والأصل في مذهب مالك ان الذهب والفضة يضم كل واحد منهما الى الآخر ، والقمح والشعير والسلت يضم كل واحد منها الى صاحبه ، والقطاني يضم بعضها الى بعض (20) .

(19) العروض التي تبقى عند التاجر المحتكر اعواماً ، ليس عليه في اثانها الا زكاة واحدة عندما يبيعها . وقد قاس مالك على ذلك الدين الذي يقتضيه صاحبه بعد سنوات فقال انه لا تؤدي عنه الا زكاة واحدة ، والجامع بينهما عدم القدرة على الناء ، وقال مالك في تبرير هذا الحكم : « ليس على صاحب الدين أو العرض أن يخرج زكاة ذلك الدين أو العرض من مال سواء وانما يخرج زكاة كل شيء منه ، ولا يخرج زكاة من شيء عن شيء غيره » . وقال الزرقاني : « أما ان وجبت بقبض الدين أو ثمن العروض المحتكرة فله أن يخرج ما وجب عليه فيها من سواها ولا يتعين الاخراج منها ؛ كما له أن يخرج ذهباً عن فضة وعكسه » (الزرقاني على الموطأ 330/2) .

(20) متحد الجنس من الحبوب يضم بعضه الى بعض في الزكاة ولو وقع زرعه ببلدين مختلفين ، حيث زرع احد المتحدين في الجنس قبل ان تجب زكاة الآخر ، وبقي من الأول الى وجوبها في الثاني ما يكمل به النسب مع الثاني (حاشية الصاوي : 614/1) .

والسر في اعتبار الاشياء المذكورة متحدة الجنس ان بعضها لا ينفك عن بعض في النبت والمحصد ، وان منافعها متقاربة ومقاصدها متساوية (مسالك الدلالة : 120) .

[زكاة الحبوب والثمار]

61 - والزكاة في الحبوب والثمار العشر ان كان سقيه بالسواء أو الانهار العظام بلا كلفة أو كان بعلا .

وان كان انما يسقى بالمعالجة والنواضح وغيرها فنصف العشر (21) .

[زكاة المعادن]

62 - وحكم المعادن وما خرج منها : فلا زكاة فيه حتى تبلغ ما تجب فيه الزكاة فاذا بلغ ذلك زكاه ، ثم يزكي بعد ما خرج منه من قليل او كثير ، الا ان ينقطع ذلك النيل ويبتدىء بموضع آخر فيستأنف له الحكم (22) .

[زكاة الركاز]

63 - والركاز (23) هو دفن الجاهلية (24) : فيه الخمس والباقي لمن وجده .

(21) قال عليه الصلاة والسلام : « فيا سقت السماء والعيون أو كان عثريا (أي يشرب بعروقه من ماء المطر) العشر ، وفيما سقي بالنضح نصف العشر » مسلم .

والنضح : آلة السقي . والنواضح : الابل التي يستقى عليها ، واحداها ناضح (ابن الأثير ، النهاية : 69/5) .
(22) يرى مالك ان المعادن لا يؤخذ منها زكاة الا اذا بلغت قيمتها نصاب العين « وما زاد على ذلك أخذ بحساب ذلك ما دام في المعدن نيل » لانه بقية عرقه . « فاذا انقطع عرقه ثم جاء بعد ذلك نيل فهو مثل الأول يبتدأ فيه الزكاة كما ابتدئت في الأول » .

ويعتبر المعدن عند مالك بمنزلة الزرع في تركيته مكانه دون انتظار حلول الحول عليه (الزرقاني على الموطأ : 319/2 ، 320) .

(23) الركاز بكسر الراء وتخفيف الكاف وآخره زاي ، من الركز بفتح الراء ركزه ركزا : دفنه فهو مركزوز .

(24) يقول مالك : « ان الركاز انما هو دفن يوجد من دفن الجاهلية ، ما لم يطلب بمال ولم يتكلف فيه نفقة ولا كبير عمل ولا مؤونة » .

وبذلك فرق مالك في الحكم بين الركاز والمعدن : فالأول لا يستدعي جهدا ونفقة لاستخراجه وفيه الخمس ، والثاني يحتاج الى مؤونة لاستخراجه وقد تقدم حكمه . وما تطلب من الركاز عملا وكلفة اخذ حكم المعدن في الزكاة واخرج منه ربع العشر (الزرقاني على الموطأ ، 321/2 ، 322) .

والملاحظ ان ما وجد على وجه الأرض من مال جاهلي او بساحل البحر فهو من قبيل الركاز . ويخمس إن تحقق أنه مال جاهلي او شك في ذلك ولم تكن عليه علامة لأن الغالب ان المدفون من فعلهم .
وأما ما كانت عليه علامة الاسلام او الذمي فحكمه حكم اللقطة .

وذلك اذا وجد في القفار والمفاوز أو في بلاد لا أهل فيها ولا أهل لها .

وأما ما وجد منه في الأراضي المملوكة العامة :

فان كانت أرض صلح فالركاز لأهل الأرض الذين صالحوا عليها ولا خمس فيه .

وان كانت أرض عنوة ففيه الخمس ، والأربعة الاخماس للذين افتتحوها البلد ، وذلك اذا كان ذهباً أو فضة .

فان كان عرضاً فقد اختلف قول مالك :

فمرة قال : حكم العرض حكم العين ، واختاره ابن القاسم .

ومرة قال : ليس حكمه حكم العين ولا خمس فيه .

وقال ابن نافع (25) الركاز لمن وجده في أي مكان وجدته ، وفيه الخمس .

[زكاة الفطر]

64 - والأصل في زكاة الفطر (26) انها تجب على الرجل وعلى من تلزمه نفقته ممن في عياله .

وحد وجوبها عند ابن القاسم طلوع الفجر من يوم الفطر (27) .

وعند اشهب وابن الماجشون : غروب الشمس من آخر أيام رمضان .

(25) وردت (وقال ابن نافع) مكررة .

(26) زكاة الفطر واجبة لحديث ابن عمر : « فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر من رمضان صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير على العبد والحر والذكر والانثى والصغير والكبير من المسلمين » احمد .

(27) استحب الامام مالك اخراج زكاة الفطر قبل الفدو الى المصلى ، ولا يرى باساً ان يخرج قبل ذلك بيوم أو يومين .

وقال مالك : « رأيت أهل العلم يستحبون ان يخرجوا صدقة الفطر اذا طلع الفجر من يوم الفطر قبل الفدو الى المصلى . وذلك واسع ان شاء ان يؤدي قبل الصلاة أو بعدها » (المدونة: 2/110) .

باب الصوم (*)

[الصوم حمي]

65 - الأصل في فرض الصيام حمي (1) لا يجوز شيء من الأشياء ، وإن كان لا تغذية له ، وأن جوارحه ممنوعة من أسباب الشهوة ودواعي اللذة (2) .

[إفطار الناسي والمتأول]

66 - وكل من افطر في رمضان ناسيا (3) أو عامدا، متأولا (4) فعليه القضاء

(*) الصوم لغة : الامساك والكف عن الشيء . وبهذا المعنى ورد قوله تعالى : « اني نذرت للرحمان صوما » مريم 26 : وشرعا : الامساك عن شهوتي البطن والفرج وما يقوم مقامهما مخالفة للهوى في طاعة المولى في جميع اجزاء النهار بنية قبل افجر أو معه ان امكن فيما عدا زمن الحيض والتفاس . وأيام الأعياد . قاله في الذخيرة نقلا عن (حاشية الصاري على الشرح الصغير : 681/1) .

(1) الحمى هو الشيء المحمي المحظور ، من اطلاق المصدر على اسم المفعول وقد روت عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « ... المعاصي حمى الله ، من يرتع حول الحمى يوشك ان يواقعه » البخاري .
(2) أشار هذا الأصل الى ما يقتضيه فرض الصيام من امساك عن شهوتي البطن والفرج وهذا الامساك ركن في الصيام .

(3) يذهب المالكية الى القول بالقضاء على من افطر ناسيا لان في النسيان نوعا من التفريط ولأن الامساك - وهو ركن الصوم - قد اختل . انظر الحديث الآتي في هامش الفقرة 67 أسفله .
(4) اي تأويلا قريبا بالاعذار المقبولة شرعا .

والتأويل القريب يكون مستندا الى أمر موجود ، ومثاله : من افطر ناسيا فظن بطلان صومه فأفطر متعمدا ، والمرأة ترى الطهر ليلا في رمضان فلا تغتسل وهي تظن أنه لا صوم لمن لم يغتسل ليلا فتأكل ، والرجل يعود من سفره ليلا فيظن انه لا صوم له الا أن يدخل نهارا فيفطر ، والراعي يرعى على مسيرة ثلاثة أيام فيظن أنه في سفر يبيع الفطر . قال اللخمي : معروف المذهب ان حكم الجاهل كذي تأويل قريب ، فلو جامع حديث عهد بالاسلام لظنه قصر الصوم على منع الغذاء لعنير (التاج والأكليل 433/2) .

فقط، حاشا المرأة تقول : غدا يأتيني الدم فتبيت الفطر/وتصبح مفطرة (5) ، فعليها (5-ب) [القضاء الكفارة (6) .

[وجوب قضاء الصوم]

67 - وكل صيام واجب مرض فيه صاحبه أو أفطر ناسيا (7) فعليه القضاء .

وكل صيام تطوع لم يكن أصله الفرض : فان افطر فيه على النسيان، أو مرض صاحبه فلا قضاء عليه (8) .

وان كان صياما مندورا في يوم بعينه فلا قضاء عليه فيه ايضا .

وان كان في يوم بغير عينه فعليه القضاء (9) .

(5) التأويل هنا بعيد . وقد عرف ابن عبد السلام التأويل البعيد بأنه ما كان مستندا الى سبب غير موجود ، ومثاله أيضا : من توقع ان تصيبه حمى فأفطر وهو قادر على الصوم .
(6) عبر خليل عمن تجب عليهم الكفارة بقوله : « وكفران تعدد بلا تأويل قريب ، وجهل في رمضان ففرض إجماعا » .

(7) افطار الناسي بأكل أو شرب يوجب القضاء عند مالك قياسا على ناسي الصلاة الذي يجب عليه القضاء . أما جمهور الفقهاء فرأوا أن الصوم صحيح ولم يقولوا بالقضاء اعتمادا على حديث أبي هريرة « من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فانما اطعمه الله وسقاه » متفق عليه .
وحتى من افطر ناسيا بجماع فان عليه القضاء فقط عند مالك .
وخالفه ابن الماجشون وابن حنبل وأهل الظاهر فأوجبوا عليه القضاء والكفارة. ولم يوجب أبو حنيفة والشافعي عليه قضاء ولا كفارة (بداية المجتهد: 1/209) .

(8) افطار الناسي والمريض في التطوع لا يوجب قضاء .
ان افطر في تطوعه لعذر مرض أو حيض أو نسيان فلا قضاء عليه . وعلى الناسي الكف في بقية يومه عن الأكل والشرب والجماع (التاج والأكليل: 2/440) .
(9) ما ذكره ابن حارث من القضاء في المنذور في يوم بغير عينه هو مذهب ابن القاسم الذي يشبه هذا المنذور بالواجب .

وخالفه سحنون فقال : لا قضاء عليه لأن فيه شائبة التطوع (تقييد أبي الحسن على المدونة: 1/210 أ مخطوط دار الكتب الوطنية بتونس 12096) .

[ارتفاع عذر الافطار نهارا] .

68 - والأصل ان كل من طلع عليه الفجر في رمضان وهو مفطر بالاباحة ثم انتقلت بهم الحال بعد ذلك في النهار الى غير ما كانوا عليه وقت الفجر مثل: الحائض تطهر ، والمسافر يقدم ، والمريض يُفَيِّق ، والصبي يبلغ ، والمشرک يسلم ، فانهم يفطرون بقية يومهم ولا يسكون عن الأكل والشرب (10) .

[وجوب الكفارة مع القضاء]

69 - وكل من قَبَّل أو باشر أو لمس أو تابع النظر متعمدا فأنزل ، فعليه القضاء والكفارة (11) ، وهو كالواطيء والأكل متعمدا (12) .

وان لم ينزل فعليه القضاء إذا التذ .

وأشهب وابن وهب يقولان : لا شيء عليه الا أن يمضي فعليه القضاء .

(10) هؤلاء الذين أصبحوا مفطرين لعذر شرعي لا يجب عليهم الصوم بقية اليوم اذا ارتفع العذر .
فالحائض لا يجب عليها ولا يصح منها صيام يوم لم تكن طاهرة كامله . يقول خليل « ووجب (الصوم) ان طهرت قبل الفجر وان لحظة » .
والمجنون اذا سلم بقية النهار لا يجب عليه الكف بقية اليوم على المشهور .
ومن قطع الصوم لمرض أو سفر لم تكفه النية السابقة ، فلا يستطيع العودة الى الصيام الا بنية يبيتها من الليل (مرجع) .

(مواهب الجليل والتاج والاكلیل : 421/2) .

(11) تكلم ابن حارث هنا عن حكم من أفطر متعمدا بمقدمات الجماع ، وتفصيل الأقوال في المذهب فيمن انزل اثر المقدمات كما يلي :

- قول مالك في المدونة بالقضاء والكفارة مطلقا .

- قول اشهب بالقضاء فقط الا ان تابع .

- قول ابن القاسم في المدونة بالقضاء والكفارة الا ان انزل بعد نظر أو فكر غير مستدامين .

- اختيار ابن عبد السلام ان الانزال بعد ادامة النظر والفكر يوجب الكفارة على من كانت عادته الانزال من استدامة ذلك ولو في بعض الاحيان اما من لم تكن عادته ذلك وخالف عادته فانزل بعد الاستدامة فلا كفارة عليه (الشرح الصغير وحاشية الصاوي : 707/1 ، 708) .

(12) هنا ترتبت الكفارة لظهور انتهاك حرمة الصوم .

قال ابن عرفة : « تجب الكفارة في افساد صوم رمضان انتهاكا له » .

[قضاء صوم المغمى عليه والمجنون]

70 - والأصل في المغمى عليه والمجنون: أن حكمهما حكم الحائض، يقضيان الصوم لا الصلاة (13) .

[الاعتكاف]

71 - وحكم الاعتكاف (14) انه لا يكون الا بصوم (15)، ولا يكون الا في مساجد الجماعات (16) والا يتصرف المعتكف فيما يتصرف فيه غيره: من عيادة المرضى ، وحضور الجنائز ، وطول المحادثة ، وما شاكل ذلك وأشباهه (17) .

(13) ان عارض الأهلية عند الحائض والمغمى عليه والمجنون يسقط فرض الصلاة التي استمر العارض في وقتها ، ولا يسقط فرض الصيام اذ يجب القضاء عليهم بعد عودة اهلية التكليف .

(14) الاعتكاف لغة : هو لزوم والمكث مطلقا .

وشرعا : عرفه ابن الحاجب بقوله : هو لزوم المسلم المميز المسجد للعبادة صائما . كافا عن الجماع ومقدماته يوما فما فوقه بنية

وهو من الرغب المرغب فيها . وفيل هو من الأمور الجائزة . وفيل سنة ، وقيل هو في رمضان سنة وفي غيره جائز .

واخذ ابن رشد كراهته في غير رمضان من رواية ابن نافع (زروق وابن ناجي على الرسالة : 310/1) .

(15) هذا هو المشهور في المذهب . وقال ابن لبابة ليس من شرطه الصوم (ن . م : 311/1) .

(16) وخالف ابن لبابة ايضا فقال يصح في غير المسجد (ابن ناجي على الرسالة : 311/1) .

ولا يلزم الجامع الا لمن قصد اياما تأتي عليه فيها الجمعة فيلزم الجامع فان ابتداء في مسجد غيره خرج لها على المشهور ثم كمل فيه ولا يرجع للأول (زروق على الرسالة : 311/1) .

(17) المقصود أن يكون اعتكافه متتابعا لانه العرف ولم يشترطه ابن عبد السلام (ن . م) .

وأقل ما هو واجب من الاعتكاف عشرة أيام . ومن نذر اعتكاف يوم فاكثر لزمه . وان نذر ليلة لزمه يوم وليلة . ومن

افطر فيه متعمدا فليبتدىء اعتكافه . ولا يخرج الا الحاجة الانسان (ن . م : 312/1 وما بعدها) .

باب الحج (*)

[صيد المحرم]

72 - القول في المحرم (1)، إنه لا يجوز له أن يصيد صيدا (2) ما دام محرما، لا في الحرم ولا في غير الحرم (3)، ولا أن يبتاعه مصيدا، ولا يأمر به، ولا يدل عليه، ولا يشير به (4).

فإن أمر أو دل فقد أساء ولا كفارة عليه .

-
- (*) الحج لغة: القصد وهو الأصل . ثم تعرفت استعماله في القصد إلى مكة المشرفة للنسك .
وشرعا : قال ابن عرفة : « عبادة يلزمها الوقوف بعرفة ليلة عاشر ذي الحجة » .
(1) المحرم هو الذي دخل في الحج بنية مع قول أو فعل متعلقين بالاحرام كالتلبية والتجرد .
(2) أن الاحرام بحج أو عمرة يمنع المحرم من التعرض للحيوان البري (الشرح الصغير 98/2 ، 99) .
(3) حدود الحرم هي التالية :

- من جهة المدينة التنعيم .
- من جهة العراق المقطع، وهو مكان على ثمانية أميال من مكة .
- ومن جهة عرفة ينتهي الحد لعرفة .
- ومن جهة الجعرانة ينتهي إلى شعب آل عبد الله بن خالد على بعد تسعة أميال .
- ومن جهة جدة إلى مكان يسمى أضاة

(حاشية الصاوي : 98/2 ، 99) .

- (4) وكذلك لا يجوز للمحرم أن يذبح صيدا صاده محرم آخر أو شخص حلال .
(حاشية الصفطي على الجواهر الزكية : 171) .

[لحم الصيد]

73 - ولا بأس ان يبتاع لحم الصيد ويأكله : فقد أكله رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه من بعده (5) ، وذلك اذا لم يُصدَّ له ولا من أجله .

فان كان كذلك فلا يأكله محرم ولا حلال .

فإن أكله المحرم الذي صيد من أجله فعليه جزاؤه (6) .

وان أكله الحلال فلا شيء على المحرم الذي صيد من أجله ، ولا على الحلال ، علما أمره أو جهلآه .

[جزاء الصيد]

74 - والوجه في حكم الحكمين (7) : أن يخير الصائد كما خيّر الله تعالى (8) : « هديا

(5) عن أبي قتادة قال : « كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقاحه (مكان من المدينة على ثلاث مراحل) ومنا المحرم ومنا غير المحرم ، فرأيت أصحابي يتراءون شيئا ، فنظرت فإذا حمار وحش يعني وقع سوطه . فقالوا : لا نعينك عليه بشيء انا محرمون . فتناولته فأخذته ثم أتيت الحمار من وراء أكمة فعقرته فأتيت به أصحابي ، فقال بعضهم: كلوا وقال بعضهم : لا تأكلوا، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم وهو أمامنا ، فسألته ، فقال: كلوه حلالا . البخاري - باب (لا يعين المحرم الحلال في قتل الصيد) .

(6) كذلك على من قتل شيئا من الصيد جزاء مثل ما قتل . والمراد أن عليه ما قارب الصيد في قدره وصورته : فالنعامة مثلها بدنة، والبقرة الوحشية مثلها بقرة إنسية ، والضبي مثلها شاة إنسية . ويعتبر الصغير من الصيد كالكبير والمريض كالسليم والجميل كالوخش . (حاشية الصفتي على الجواهر الزكية : 172) .

واعتبار المثلية يحكم به عدلان لقوله تعالى : « ... يحكم به ذوا عدل منكم » المائدة 95 .

(7) هما اللذان يجتهدان فيما يجب في الصيد ، ولا بد ان يكونا اثنين غير الصائد وان يكونا عدلين عالين بالحكم في الصيد ، ولا تغني الفتوى عن حكمها الذي يحتاج اليه لأن قيمة المثل قد تختلف بحيث يقرران ما يجب من حيوان في الصيد الذي لم يرد فيه شيء عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن السلف كالدب والقرد ، ويقرران احوال ما عينه الشارع مثلا كالبدنة في صيد النعامة من سمن وسن وهزال (حاشية الصاوي: 117/2) .

(8) الصائد مخير بين هدي يكون مثل الصيد المقتول أو قيمته طعاما من غالب طعام أهل البلد يقدم لكل مسكين مد أو عدل ذلك الطعام صياما بان يصوم لكل مد يوما ، وهو ما نصت عليه الآية .

ونبى للصائد حرية الاختيار بين هذه الأنواع لو قرر الحكمان مثل الصيد الواجب لما قتل ، فله ان يعدل عن هذا النوع إلى الاطعام أو الصيام، على القول المعتمد الذي صرح به المصنف اعلاه (الشرح الصغير: 113/2 وما بعدها) .

بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما » (9) .

فان اختار الجزاء حَكَمًا من الهدي بما يريانه مثلا لما أصاب ، ما لم يقصر ذلك عن شاة مسنة ، فانها أدنى الهدي .

فان قصر عن ثمن شاة قوماه بالدراهم، وبالطعام أفضل . ثم عَرَّفَا ما يشتري بتلك الدراهم من الطعام فأوجباه عليه .

وان اختارا أن يحكما بالطعام، أو لم يبلغ ثمن شاة ، فحكما فيه بالطعام فهو بالخيار : ان شاء صام عن كل مد يوما وان شاء أعطاه طعاما ، وان كان فيه نصف مد صام عنه يوما كاملا .

وان حكما بالهدي لم ينحره أو يذبحه الا بمكة ، ولم يكن عليه ان يوقفه بعرفات ويسوقه مقلدا (10) مشعرا (11) الى مكة .

[ما يجوز للمحرم قتله]

[6-أ] 75 - وحكم المحرم ان يجتنب قتل الدواب كلها في الحرم ، وخشاش/الارض ، ما عدا الخمسة التي ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الفأرة، والعقرب، والغراب، والحدأة، والكلب العقور » (12) فما عدا هذه الخمسة من جميع ما يدب أو يطير سوى الأهلئ الربوب ، فلا يحل قتله .

ويدخل في معنى العقرب : الحية والعُقْرَبَان (*) والأفعوان (**).

(9) المائة : 95 .

(10) تقليد الهدي : يكون بجعل قلادة بعنقه اشارة الى انه هدي . والتقليل سنة وبه يعين الهدي (ن . م : 122/2 . 123) .

(11) اشعار الابل بشق سنامها وهو سنة أيضا . وتندب التسمية عند الاشعار (ن ، م) .

(12) روى عن عائشة ام المؤمنين انها قالت :

« أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل خمس فواسق في الحل والحرم : الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور » البخاري ومسلم واحمد .

وفي أحاديث أخرى وردت أصناف أخرى من حيوانات ضارة يجوز قتلها ، انظرها في (مسالك الدلالة : 244) .

(*) العُقْرَبَان : دويبة تدخل الأذن ، وهي طويلة صفراء كثيرة القوائم (أقرب الموارد : عقرب) .

(**) الأفعوان : ذكر الأفاعي . وقيل لا يختص بالذكر (أقرب الموارد : فعي) .

ويدخل في معنى الكلب العقور: الأسد والذئب والفهد والنمر .

وكره مالك ان يقتل المحرم الوزغ .

[الغسل في الحج]

76 - والغسل واجب (13) في الحج في ثلاثة مواضع .

- غُسل الإحرام (14) .

- وغُسل دخول مكة (15) .

- وغُسل الوقوف بعرفة (16) .

[الخطب في الحج]

77 - وخطب الحج ثلاثة :

- خطبة قبل يوم التروية (17) بيوم بعد الظهر ، يعلم فيها الناس ما يصنعون من وقت خطبته الى وقت زوال الشمس من يوم عرفة .

(13) الواجب في الحج على نوعين :

- واجب ركن لا يجبر بدم ولا بغيره .

- واجب ليس بركن يجبر بالدم .

ولا يعد الغسل من هذه الواجبات في المذهب ، بل هو مستحب .

(14) يروى عن عائشة رضي الله عنها « ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا خرج الى مكة اغتسل حين يريد الاحرام » (الطبراني في الأوسط) .

(15) يندب الغسل لدخول مكة لغير المرأة الحائض والنفساء . ويكون بالمكان المعروف بَطَوَى ، ويتدلك فيه على الراجح تدليكا خفيفا (الدردير على المختصر الخليلي: 1/288) .

(16) هذا الغسل للوقوف بعرفة مندوب حتى لحائض ونفساء ، ووقته بعد الزوال ، ويتدلك فيه على الراجح تدليكا خفيفا (ن ، م ، وكفاية الطالب: 1/474) .

ويروى عن نافع « ان عبد الله بن عمر كان يغتسل لاحرامه قبل ان يحرم ولدخوله مكة ولوقوفه عشية عرفة » الموطأ : 1/474) .

(17) مشتق من الري لانهم كانوا يسقون فيه الماء ليوم عرفة وهو يوم الثامن من ذي الحجة (كفاية الطالب 472/1) وحاشية محمد الطالب بن الحاج على ميارة: 2/93) .

- ثم يخطبهم اذا زالت الشمس يوم عرفة قبل الظهر (18) . فيعلم الناس ما يصنعون من ذلك الوقت الى وقت زوال الشمس من يوم النحر الثاني .

فاذا زالت الشمس من يوم النحر الثاني خطبهم فيعلمهم ما بقي من تمام الفعل في الحج .

[مواطن الدعاء]

78 - وترفع الايدي الى الله عز وجل في سبعة مواطن :

افتتاح الصلاة ، وأول ما ينظر الى الكعبة (19) ، وعلى الصفا والمروة (20) ، وبعرفات وجمع (21) ، وعند الجمرتين (21) .

= واليوم الذي قبل يوم التروية هو السابع من ذي الحجة ويسمى بيوم الزينة. وبعد ظهره يسمع الناس الخطبة المشار اليها اعلاه ، وتكون واحدة ولا يجلس الامام في وسطها، ويفتحها بالتكبير ويختمها به ان كان غير محرم والا افتتحها بالتلبية (المرشد المعين : 93/2) .

(18) تكون هذه الخطبة بعرفة بعد الزوال في مسجد نمة الواقع آخر الحرم وأول الحل . يخطب الامام خطبتين يجلس بينهما، ثم يصلي الظهر والعصر جمعا وقصرا (ن ، م ، 93/2 ، 94 ، الشرح الصغير : 54/2) .

(19) قبلة المسلمين في مشارق الأرض ومغاربها وتقع وسط المسجد الحرام . أخبار بنائها وعمارتها في كتاب (اخبار مكة لأبي الوليد الأزرقى : 31/1 وما بعدها ط . 3 دار الاندلس بيروت) .

(20) الصفا ربوة من جبل أبي قبيس والمروة حجر من جبل فعيقان يكون الواقف عليها بحذاء الركن العراقي الذي سترته الأبنية عن الرؤية (مسالك الممالك : 16) .

يرقى الحاج على ربوة الصفا حتى يحاذي الحجر الأسود ثم يكبر ويهلل ويدعو ويشرع في السعي بينها وبين المروة (كتاب المناسك : 305) .

جاء ذكرها في قوله تعالى : « أن الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه ان يطوف بهما » البقرة 157 .

(21) هناك مواطن أخرى يستحب الدعاء بها منها :

- الملتزم وهو ما بين باب الكعبة والحجر الأسود يدعو عنده بعد الطواف

- المشعر الحرام في المزدلفة عند طلوع فجر العاشر من ذي الحجة .

انظر عن مكان عرفات وحدوده (كتاب المناسك للحريبي : 508 وما بعدها)

انظر عن مكان الجمرتين (ن ، م ، 475) . وجمع هي المزدلفة انظر عنها (ن ، م ، 506 وما بعدها) .

[الطواف في الحج]

79 - وطواف الحج ثلاثة :

- الطواف الواجب (22) المقرون به السعي (23) بين الصفا والمروة .
- وطواف الافاضة (24) وهو الذي يحل به للحاج النساء والطيب والصيد .
- وطواف الوداع عند الخروج (25)، ويستحب (26) لكل خارج من مكة حاجا كان أو غير حاج .

-
- (22) هو طواف القدوم ، ويكون واجبا بشروط ثلاثة :
 - ان يكون احرام الحاج من الحل لا من الحرم .
 - ان لا يراهق اي لا يضيق عليه الوقت ولا يخاف فوات عرفة .
 - ان لا يردف الحج على العمرة في الحرم .
 - (الفواكه الدواني: 1/368، حاشية الصفتي: 176) .
 - ولا يكون طواف القدوم واجبا على الحائض والنفساء والمجنون والمغمى عليه والناسي الا ان يزول مانع كل منهم ويتسع الوقت له (حاشية العدوى على كفاية الطالب: 1/465) .
 - (23) السعي ركن من اركان الحج . ويقع بعد طواف تام صحيح ، فلو سعى من غير طواف لم يجزه، ويرخص للمراهق في تأخيره حتى يرجع من عرفة (اسهل المدارك: 1/467، 466) .
 - انظر شروط السعي رسنته ومستحباته في (كفاية الطالب: 1/472، 471) .
 - (24) هو من اعظم اركان الحج . وهو آخر الاركان لمن قدم السعي قبل عرفة ووقته بعد فجر يوم النحر . وعلل القرافي كونه افضل اركان الحج بـ... على صلاة وطهارة و... هو المقصود بالذات (الفواكه الدواني: 1/375، العزية: 260) .
 - (25) يقول ابن رشد في انواع الطواف : « إن العلماء اجمعوا على أن الطواف ثلاثة أنواع : طواف القدوم على مكة ، وطواف الافاضة بعد رمي جمرة العقبة يوم النحر ، وطواف الوداع .
 - وأجمعوا على أن الواجب منها الذي يفوت الحج بفواته هو طواف الافاضة وانه المعني بقوله تعالى : « ثم ليقتضوا تفن্থهم وليؤفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق » الحج 29. وانه لا يجزىء عنه دم (بداية المجتهد : 273/1 » .
 - (26) الدليل على استحبابه قوله صلى الله عليه وسلم « لا ينفر احدكم حتى يكون آخر عهده بالبيت الطواف » (حاشية الصفتي : 183) .
 - قال عمر بن الخطاب : « لا يصدرن احد من الحاج حتى يطوف بالبيت فان آخر النسك الطواف بالبيت ، (الموطأ 1/336 . وقال ابن عباس : امر الناس ان يكون آخر عهدهم بالبيت الا أنه خفف عن الحائض (البخاري) .

[الطهارة عند الطواف والسعي]

80 - والمستحب المرغوب الا يطوف بالبيت متنفلاً غير الطواف الواجب ، ولا يسعى بين الصفا والمروة السعي الواجب الا على طهارة (27) .

فان سعى أو طاف غير متوضئ أجزاءه وتوضأ وصلى الركعتين .

وان احدث فتوضأ : فان شاء اتم الطواف وان شاء لم يتمه كصلاة التطوع يحدث فيها ان شاء اعادها وان شاء لم يعد .

[ركوب الطائف والساعي]

81 - ومن ركب في الطواف الواجب او في السعي ، كان عليه الاعادة في القرب .
فان تباعد لم تكن عليه الاعادة (28) وكان عليه الدم .

[القصر في الحج]

82 - وكل من حج فعليه أن يقصر الصلاة بمنى (29) ، كان من أهل الآفاق أو من أهل

(27) من شروط الطواف طهارة الحدث والخبث . ومن احدث في اثناء الطواف تطهر وابتداء، ولا يبني ان كان الطواف واجبا لا تطوعا الا اذا تعدد الحدث (الصفتي : 176) .
أما في السعي فالطهارة مندوبة : فمن انتقض وضوءه أو تذكر حدثا استحب له ان يتوضأ ويبني ولا يكون الاشتغال بالوضوء مغللا بالمواالة الواجبة في السعي لأن أمره يسير ، ومن أتم سعيه وهو يحدث أجزاءه ... (حاشية الصاري : 51/2) .

(28) حكم المشي في الطواف انه سنة. وقيل انه واجب ينجر بالدم. فالركوب حرام على ما قال الاجهوري وهو المعتمد . واذا كان الطائف راكبا أو محمولا لعذر ، اجزأه طوافه. واذا ركب لغير عذر فانه يطالب باعادة الطواف ماشيا ما دام بمكة ولو مع البعد الزمني ولا يجوز له دم .
وأما من ذهب الى بلده بعد ان طاف راكبا لغير عذر فانه يلزمه دم ، فلو رجع من بلده واعاد ماشيا فلا دم عليه (حاشية الصفتي : 177) .

(29) بلدة على طريق مكة تبعد عنها بمسافة ثلاثة أميال وهي شعاب طوها نحو ميلين وعرضها يسير (مسالك المالك : 16) .

يتوجه الناس الى منى يوم التروية (الثامن من ذي الحجة) ويدركون بها وقت الظهر المختار. والسنة ان يبيتوا بها وان لا يغادروها الى عرفة الا بعد طلوع شمس يوم عرفة (التاسع من ذي الحجة) .

مكة ، إلا أن يكون من أهل منى أو عرفات ، فعليه اتمام الصلاة (30) .

[سقوط الجمعة في الحج]

83 - ولا جمعة يوم التروية بمنى، ولا يوم عرفة بعرفات، ولا يوم النحر، ولا أيام التشريق .

[حكم من صد عن الوقوف بعرفة]

84 - والأصل فيمن صد عن الوقوف مع الامام بعرفة بمرض أو خطا في عدد أو ما شاكل ذلك من العوامل ، فانه يقف من الليل اي وقت شاء ، ما بينه وبين طلوع الفجر من ليلة المزدلفة فان وقف من الليل ولو ساعة ادرك الحج (31) .

[الدفع قبل الغروب]

85 - وكذلك من دفع (32) قبل غروب الشمس من عرفة . فعليه ان يعود الى عرفة قبل الفجر أية ساعة شاء (33) .

فان لم يفعل فقد بطل حجه ويحج قابلا ويهدي .

وان دفع بعد غروب الشمس ، فلا شيء عليه وقد أساء (34) .

(30) تقصير الصلاة في منى وعرفة ومزدلفة سنة لجميع الحجيج، إلا ان أهل كل محل يتم في محله (الشرح الصغير 57/2) .

(31) هذا حكم من منعه بعض الاسباب من الوقوف بعرفة مع الامام ثم تمكن من الوقوف جزءا من ليلة عرفة . وسيأتي حكم من منع تماما من الوقوف بعرفة في أي جزء من الليل

(32) أي مشى وسار الى المزدلفة (حاشية الصفتي : 180) .

والنزول بمزدلفة قدر حظ الرحال واجب يلزم بتركه لغير عذر دم . اما المبيت بها الى الفجر فهو مستحب (ن ، م : 181) .

(33) وذلك لأن الوقوف الركني بعرفة هو الوقوف في جزء من الليل. ومن مر بعرفة ليلا يجوزته ذلك بشرط ان يعلم بان هذا المحل عرفة، وان ينوي الحضور به. ولكن يلزمه دم لوجوب الطمأنينة بعرفة (ن ، م : 180 ؛ الشرح الصغير : 287/1) .

(34) يعني الدفع مباشرة عند الغروب ، ويكون بعده وبعد دفع الامام الى المزدلفة . ومن دفع قبل الامام بعد غروب الشمس أجزاء وترك الافضل (كفاية الطالب : 475/1) .

[التحلل من الاحرام]

86 - ومن رمى جمرة العقبة (35) ثم نحر أو ذبح، ثم حلق أو قصر (36) ، فقد حل له كل شيء غير النساء والطيب والصيد حتى يطوف طواف الافاضة (37) .

وان جهل جاهل قَوَّاعَ النساء قبل الافاضة الى البيت بعد نحره وحلقه ورميه جمرة العقبة ، فحجه تام وعليه العمرة والهدي .

وان وَّاقَعَ النساء ، يعني يوم النحر ، قبل رمي الجمرة وقبل الافاضة ؛ فحجه باطل ، وعليه الحج من قابل والهدي .

وان وَّاقَعَ النساء بعد يوم النحر في أيام التشريق قبل رمي الجمرة ، وقبل الافاضة فحجه [6 - ب] تام وعليه العمرة/والهدي .

وقال ابن القاسم : عليه هدي آخر لتأخير رمي الجمرة .

(35) رمى جمرة العقبة واجب ، ويكون بعد طلوع الفجر، ويستحب بعد طلوع الشمس. ويمتد وقت الرمي الى الغروب (حاشية الصاوي: 58/2) .

وللرمي وقت اداء ووقت قضاء وشروط صحة وشروط كمال واحكام، انظرها في (كفاية الطالب: 1/478، 477) . ويندب التكبير مع رمي كل حصاة كما يندب تتابع الرمي (الشرح الصغير : 2/59) .

(36) انظر احكام النحر والحلق والتقصير وترتيب فعلها مع طواف الافاضة في (الصاوي على الشرح الصغير : 2/59 ، العدوى على كفاية الطالب : 1/478) .

(37) اذا طاف طواف الافاضة حل له النساء والطيب والصيد وهو التحلل الاكبر . والتحلل الذي قبله هو الأصغر .

وتقديم الرمي على طواف الافاضة واجب يجبر بدم ، اما تقديم النحر والحلق على الافاضة فمندوب (الشرح الصغير : 2/60 ، 61) .

اما ترتيب الرمي والنحر والحلق فجائز كما ورد في حديث عبد الله بن عمر : « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقف في حجة الوداع ، فجعلوا يسألونه فقال رجل : لم أشعر فحلقت قبل ان أذبح ، قال صلى الله عليه وسلم : اذبح ولا حرج ، فجاء آخر فقال : لم أشعر فنحرت قبل ان أرمي . قال صلى الله عليه وسلم : ارم ولا حرج . فما سئل يومئذ عن شيء قدم ولا أخر الا قال : افعل ولا حرج (البخاري : 2/215 باب الفتيا على الدابة) .

وذكر خليل أن الطيب مكروه بعد رمي جمرة العقبة والتحلل الاصغر فقال : « حلا الا من نساء وصيد وكره الطيب » (الدردير على المختصر الخليلي : 1/286 ، 287) .

ولو أفاض ونسى رمي الجمرة ثم واقع النساء فحجه تام وعليه العمرة .

هذا اذا كانت الواقعة في يوم النحر ، فان كانت بعده فالهدي عليه خاصة .
ومن نحر أو ذبح قبل طلوع الفجر لم يحزه ، وان كان بعد الفجر وقبل طلوع الشمس
أجزاه .

[الأيام المعلومات والأيام المعدودات]

87 - والأيام المعلومات التي ذكر الله عز وجل في كتابه (38) : يوم النحر ، ويومان
بعده ، وهي أيام الذبح والنحر .

والأيام المعدودات (39): أيام منى الثلاثة بعد يوم النحر .
والسنة فيها : الاعلان بالتكبير والتهليل والذكر لله .

[المبيت بمنى]

88 - ولا رخصة لأحد من الحاج في البيوتة عن منى (40) ، الا الرعاة للماشية فقط
(41) .

(38) قال الله تعالى « ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله في أيام معلونات على ما رزقهم من بهيمة الانعام فكلوا
منها وأطعموا البائس الفقير » الحج : 28 .

(39) هي التي ذكرها الله تعالى في قوله : « واذكروا الله في أيام معدودات فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن
تأخر فلا اثم عليه لمن اتقى » البقرة : 203 .

(40) المبيت بمنى واجب ، وعلى من تركه ولو لضرورة دم ، ويكون ثلاثا من الليالي لمن لم يتعجل وأما من تعجل
فمبيت ليلتين « فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه لمن اتقى » البقرة 203 .
ومن غربت عليه الشمس وهو بمنى ، لم يبح له أن يتعجل ، ولزمه المبيت، ورمي الثالث ، ومبيت ليلته (الدردير
على المختصر : 294/1) .

ولا بد ان يكون المبيت معظم الليل، وان يكون بمنى، لا بن وراء العقبة التي ليست من منى ، بل هي حد منى من
جهة مكة .

وقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال : « لا يبيتن أحد من الحاج ليالي منى من وراء العقبة ،
(الزرقاني على الموطأ : 368/2) .

(41) رخص لهم بعد رمي العقبة ان ينصرفوا ولا يبيتوا ليلة الحادي عشر والثاني عشر ، ويرمون في اليوم الثالث
لليوم الثاني والثالث (الدردير على المختصر : 295، 294/1) .

واذا رموا جمرة العقبة فلهم أن يؤخروا رمي اليوم الثاني الى يوم الثالث ، وذلك يوم النفر
(42) الأول يرمون اليوم الذي مضى ، ثم يرمون ليومهم .

هكذا فسر مالك في الموطأ (43) .

[حكم المحصر]

89 - الأصل فيمن أحصر (44) دون مكة ، بمرض جسم ، أو شيء من اسباب
المرض ، فانه لا يزال محرما ، ولو أقام أعواما ، يجتنب في ذلك ما يجتنب المحرم ، فاذا أفاق
(45) أتى مكة ، ففعل ما يفعل (46) .

ثم يحل ويحج قابلا ويهدي هديا (47) .

هذا حكم المحصر بمرض ان شاء الله .

وأما الذي يحصره العدو . فانه حيثما كان حل ونحر وحلق ، وليس عليه أن يحل بعمره

(42) النفر - بفتح النون واسكان الفاء - : الانصراف من منى .

(43) روى مالك في الموطأ أثرين في رخصة المبيت خارج منى للرعاة ثم قال : « تفسير الحديث الذي اخص فيه
رسول الله صلى عليه وسلم لرعاة الابل في تأخير رمي الجمار - فإنا نرى والله اعلم - انهم يرمون يوم النحر ، فاذا
مضى اليوم الذي يلي يوم النحر رموا من الغد ، وذلك يوم النفر الاول فيرمون لليوم الذي مضى ثم يرمون ليومهم ذلك
لانه لا يقضي احد شيئا حتى يجب عليه ، فاذا وجب عليه ومضى كان القضاء بعد ذلك ، فان بدا لهم النفر فقد
فرغوا ، وان اقاموا الى الغد رموا مع الناس يوم النفر الآخر ونفروا » (الزرقاني على الموطأ : 372، 371/2) .

(44) منع من الحج . قال تعالى : « وأتموا الحج والعمرة لله فان احصرتم ... » البقرة : 196 .

(45) يريد : شفي .

(46) يقوم بمناسك العمرة بنيتها ، فيطوف ويسعى ويحلق دون ان يجدد الاحرام لهذه العمرة ، بل يكفيه إحرامه
الأول ، ثم يتحلل لهذه العمرة . وذلك على سبيل الندب (الشرح الصغير : 130/2 ، 131) .

(47) حجه في قابل قضاء للحج الذي منع منه وهديه لفوات الحج الأول وحكمه الوجوب ولا يجزيه للفوات هديه
السابق الذي ساقه في حجة الفوات (ن ، م : 131) . انظر البخاري . ابواب الاحصار في الحج : 10/2 -

(12) .

يبلغ بها الى البيت ، ولا قضاء عليه ولا هدي . والحجة في ذلك فعل النبي صلى الله عليه وسلم بالحديبية (48) .

واختلف في قضاء هذه الحجة ان كانت حجة الاسلام (49) .

فقال ابن القاسم : يقضيها .

وقال ابن الماجشون : تجزيه عن حجة الاسلام

وروي عن مالك : أنه استحب له ان يقضيها من غير أن يرى ذلك واجبا عليه .

[الصوم عند العجز عن الهدي]

90 - محمد : هدي التمتع (50) ، وهدي القران (51). والهدي الواجب من تقديم شيء أو تأخير .

كل ذلك من عجز عنه صام عشرة أيام (52) ، ثلاثة في الحج آخرها يوم عرفة ،

(48) قال عبد الله بن عمر : خرجنا مع النبي صلى الله عليه وسلم فحال كفار قريش دون البيت فنحر النبي صلى الله عليه وسلم هداياه وحلق وقصر أصحابه (البخاري : 163/2) .
والحديبية : مكان خارج الحرم قرب مكة .

(49) الحجة المفروضة ، وهي التي تجب مرة في العمر وما يعهد بها من قبيل النفل .

(50) التمتع : ان يهل الرجل بالعمرة في اشهر الحج من الميقات فيطوف لعمرة ويسعى ويحلق ثم يحل بمكة وينشئ الحج في ذلك العام بعينه وهو المعني بقوله تعالى : « فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي » البقرة : 196 . انظر (بداية المجتهد : 264/1) .

ويجب الهدي على من احرم بنية التمتع .

(51) القران : ان يهل بالنسكين (الحج والعمرة) معا وهو افضل من التمتع بالعمرة على المشهور (الصفتي : 170) .

ويجب الهدي على من احرم قارنا بالقياس على التمتع (الشرح الصغير : 119/2) .

وسياتي وشيكا الكلام على أنواع الهدي وما يكون .

وبالاضافة الى التمتع والقران في الاحرام هناك نوع ثالث وهو الافراد بأن يحرم بحج فقط. وهو افضل هذه الأنواع لما في الصحيح انه صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع اثنا حج مفردا واتصل عمل الخلفاء والأئمة بذلك .

(52) قال تعالى : « فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم تلك عشرة كاملة ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام واتقوا الله واعلموا ان الله شديد العقاب » البقرة : 196 .

فمن جهل أو نسي صام أيام منى الثلاثة بعد يوم النحر ، والسبعة الايام ان شاء تعجلها في طريقه ، وان شاء أخرها الى بلده ، وان شاء وصلها بالثلاث (53) . وان كان قد فرط في الثلاث حتى يصومها الى بلده .

والذي لابد منه ان تكون الثلاثة الأيام متتابعة والسبعة الأيام متتابعة ، فان شاء وصلها بالثلاث وان شاء فرق .

[الفدية وأنواعها]

91 - والفدية الواجبة على من اقتترف في احرامه ما لا يجب ان يفعله هي ما ذكر الله تبارك وتعالى في كتابه في قوله : « ففدية من صيام أو صدقة أو نسك » (54) .

الصيام : ثلاثة أيام .

والصدقة : اطعام ستة مساكين مدين مدين لكل مسكين .

والنسك : شاة يذبحها (55) لله عز وجل .

(53) لكنها لا تصام الا بعد الرجوع من منى . ويندب للأفاقي تأخيرها حتى يرجع لأهله (الشرح الصغير : 124/2) .

(54) نص الآية قوله تعالى : « فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك » البقرة: 196 .

وقد وردت السنة أيضاً بالفدية : «فمن كعب بن عجرة انه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرماً فاذاه القمل في رأسه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يحلق رأسه وقال له : صم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين مدين لكل إنسان أو انسك بشاة ، أي ذلك فعلت أجراً عنك » البخاري : 13 .
وانظر (عوالي الامام مسلم : 135 وما بعدها) .

وتجب الفدية بالاجماع على من أخطأ الأذى من ضرورة .
وعند مالك تجب على من أخطأه ولو من غير ضرورة . (بداية المجتهد 291/1) .

(55) لا يختص ذبحها بمكان ولا زمان بخلاف الهدي فان يحمله منى أو مكة كما سيأتي (الشرح الصغير: 93/2) .

[الهدى وأنواعه]

92 - قال محمد : الهدى ما قلد وأشعر ووقف به بعرفة (56) ، أو نحر أو ذبح لله بمنى أو بمكة (57) .

والهدى يكون من الابل ، ويكون من البقر ، ويكون من الغنم .

والبدنة لا تكون الا من الابل خاصة ، وهي داخلة في الهدى .

والهدى هديان : هدى تطوع، وهدى واجب .

والهدى الواجب هديان : هدى النذر، وهدى جبران الحج .

[أكل صاحب الهدى من هديه]

93 - ومن الهدى ما يجوز لصاحبه ان يأكل منه ، ومنه ما لا يجوز له ان يأكل منه .

فهدى التطوع جائز له ان يأكل منه (58) وهي السنة وهي كالضحايا .

(56) يقف به بعرفة صاحبه أو نائب صاحبه بأذنه مدة من الزمن ليلة النحر . ولا يكفي وقوف التجار به جزءا من الليل للبيع إذا اشتراه منهم صبيحة عرفة. أما إذا اشتراه منهم بها وأمرهم بالوقوف به ليلا بها فإن ذلك يكفي لأنهم حينئذ نائبون عنه . وهذا الوقوف هو أحد شروط الذبح أو النحر بمنى .
وبقي شرطان ، هما :

- ان يكون الهدى مسوقا في إحرام حج ولو كان النقص في عمرة أو في تطوع .

- وان يكون الذبح في أيام منى .

(الفواكه الدواني : 383/1 - الشرح الصغير، 120/2) .

(57) يذبحه بمكة ان لم يوقفه بعرفة أو كان غير مسوقا في إحرام حج أو كان بعد أيام منى والأفضل من الأماكن بمكة المروة لقوله صلى الله عليه وسلم عند المروة : « يا المنحر وكل فجاج مكة وطرقها منحر » .

قال عبد الله بن أبي زيد مبينا محل تذكية الهدى : « يذبحه أو ينحره بمنى ان أوقفه بعرفة وان لم يوقفه بعرفة فلينحره بمكة بالمروة بعد ان يدخل به من الحل » . (الفواكه الدواني، 383، 382/1) .

(58) لكن ان نواه للمساكين لم يجز له ان يأكل منه سواء بلغ محله أم لا (الشرح الصغير، 126/2) .

[أ] وكل هدي وجب لفساد الحج (59) ، أو لنقصانه (60) ، /فان صاحبه يأكل منه حاشا هدي جزاء الصيد وهدي ما نذر صدقة للمساكين (61) ، إفصاحا باللفظ أو نية بالقلب .

وان قال : نذر فقط ، فانه يأكل منه .

وشاة الفدية ليست من الهدي وانما هي من النسك ولا يأكل منها لانها عدل الصدقة (62) .

ومن أكل شيئا لا يجوز له الأكل منه فعليه قيمته طعاما يتصدق به

وسنة هدي التطوع أنه إن عطب قبل بلوغه (63) لم يجز له ان يأكل منه (64) .

وسنته اذا عطب ان ينحر ويغمس قلائده في دمه ويخلي بين الناس وبينه ولا يأكل منه ولا يطعم ولا يوزع ولا يقسم ولا يأمر بشيء من ذلك ، فإن فعل ضمنه .

وأما الهدي الواجب إذا عطب فعليه بدله ، وله ان يأكل منه (65) .

(59) يفسد الحج بالجماع ومقدماته وباستدعاء المنى ، وذلك ان وقع بعض هذه الأمور قبل التحلل الأصغر والتحلل الأكبر وقبل مضي يوم النحر ، ومع هذا يجب على من فسد حجه ان يتمه ان ادرك الوقوف بعرفة ، وان لم يدركه تحلل بعمره ، كما يلزمه قضاء حجه. والهدي يكون في حجة القضاء (أسهل المدارك، 1/507، 506) .
(60) مثل ترك التلبية أو ترك طواف القدوم أو عدم الوقوف بعرفة نهرا ، أو النزول بمزدلفة أو المبيت بمنى أيام النحر، أو ترك الحلق .

(61) لم يجز له الأكل من هذا الهدي لأنه معين للمساكين فلا يشاركهم فيه، ولأنه غير مضمون إذا ضل أو سرق قبل المعجل اذ لا يلزم ربه بدله . (الشرح الصغير: 2/126) .

(62) هناك تعليل آخر لعدم جواز اكل صاحب الفدية من شاة الفدية وهو « إنها عوض عن الترفة ، فالجمع بين الأكل منها والترفة جمع بين العوض والمعوض » (حاشية الصاوي، 2/126) .

(63) اي قبل بلوغه المعجل .

(64) لانه متهم على انه تسبب في عطبه ليأكل منه (الشرح الصغير: 2/127)

(65) وله ان يطعم منه القريب والغني .

وحكم رسول رب الهدي بالهدي كحكم ربه في جميع ما تقدم من الأكل وعدمه (ن ، م ، 2/128) .

باب الجنائز (*)

[الأحق بغسل الميت والصلاة عليه]

94 - قال محمد : الأصل في الزوجين : أن كل واحد منهما يغسل صاحبه من غير ضرورة ، يُقضى بذلك للزوج إن شأحه أولياء المرأة ، ولا يُقضى بذلك للمرأة إن شأحا أولياء الزوج (1) .

والأولياء أحق بالصلاة على المرأة من الزوج .

والزوج أحق بادخالها في قبرها (2) .

[الصلاة على المقتول في حد أو قصاص أو حراية]

95 - انظر : فكل من قتله الامام في حد أو قصاص ، فانه لا يصلي عليه الامام خاصة (3) .

(*) الصلاة على الجنابة من الفروض الكفائية اذا اداها البعض سقطت عن الباقيين. وهي تحتوي على اربع تكبيرات ، يرفع المصلي يديه في أولاهن وان رفع في كل تكبير فلا بأس ، ويدعو اثناء ذلك بما شاء. والأفضل أن يدعو بالمأثور.

(1) اذا كانت المرأة مطلقة ، ولو طلاقا رجعيًا ، فلا يخل لأحد الزوجين غسل الآخر (حاشية حجازي : 246/1) .

(2) يقضى له بذلك . أما الزوجة فلا ، لأن شأن النساء عدم الصلاح لذلك (ن ، م) .

(3) لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلاة عليه (أبوداود) .

وان كان إنما حده الضرب خاصة فمات من أوجاعه فلا بأس ان يصلي عليه الامام .
ومن قتل في حرابة أو تلصص لم يصل عليه الامام ، لأنه لو أتى به حيا لقتله .

[المسبوق في صلاة الجنابة]

96 - قال مالك : من فاته بعض التكبير في الجنابة لم يدخل بتكبير كالصلاة المكتوبة ،
ولكن ينتظر حتى يكبر الامام فيكبر بتكبيره .

قال أشهب: هو كالصلاة يدخل بتكبير (4) .

[الصلاة على قاتل نفسه وعلى ولد الزنى]

97 - ومن قولهم : إنه يصلى على قاتل نفسه ، وإثمه على نفسه (5) .
ويصلى على ولد الزنا ، لانه مولود على فطرة الاسلام .

[حكم الشهيد]

98 - ومن قتل في معترك الحرب النازلة بين المسلمين وعدوهم من الشرك فانه لا يغسل ،
ولا يكفن ، ولا يصلى عليه ، الا ان يأكل ويشرب من بعد ذلك ، فانه يغسل ويكفن
ويصلى عليه .

[غسل الميت في السفر]

99 - واذا مات رجل في سفر ، وليس معه في سفره الا نساء من ذوات المحارم ، أو ماتت
المرأة وليس معها إلا ذوو المحارم من الرجال فانه يغسل النساء الرجل ، والرجل المرأة ،
ويستر الميت منها (6) .

(4) ثم اذا سلم الامام تدارك المسبوق ما فاته من التكبير بدعاء قبل ان ترفع الجنابة . فان رفعت كبر من غير
دعاء لثلا يكون مضللا على غائب (ن ، م ، 248/1) .

(5) حكم قاتل نفسه حكم المسلمين ، وإن كان من أهل النار لكن ليس من المخلدين لكونه من أهل الايمان
(بداية المجتهد : 246/1) .

(6) تستر عورة الرجل ما بين السرة والركبة لان بقية جسده غير ممنوع رؤيته عليهن . وأما المرأة فيستر جميع بدنها
ويغسلها محرما من فوق الحائل ويصب الماء صبا ولا يباشر بيده جسدها من فوق الثوب ولا من تحته (الثمر
الداني ، 344) .

قال أشهب : تُيَمَّمُ المرأة ولا يغسلها ذوو المحارم. وكذلك الرجل تيممه النساء من ذوات محارمه (7) .

[السلام من صلاة الجنازة]

100 - والسلام من صلاة الجنازة واحدة ، الامام ومن خلفه ، وليس تسليما كغيرها من الصلوات (8) .

[وقت الصلاة على الجنازة]

101 - ولا بأس أن يصلى على الجنازة بعد صلاة العصر ما لم تصفر الشمس الا ان يخاف عليها (9) .

(7) يكون ذلك من فوق ثوب حائل أيضا (ن ، م) .
(8) اي لا يسلم المأموم على الامام ولا على يساره ويسلم الامام تسليمة خفيفة يسمع فيها نفسه ومن يليه ، أما المأموم فيسمع نفسه فقط (ن ، م) .
(9) أخرج مالك في الموطأ عن عبد الله بن عمر أنه قال : « يصلى على الجنازة بعد العصر وبعد الصبح اذا صليتاه لوقتها » (تنوير الخواالك: 1/228) .

باب الجهاد (*)

[عقد الأمان]

102 - قال محمد : أصل مذهب مالك : أن كل من عقد له المسلمون أمانا فانه لا ينحل له ذلك الأمان حتى يصير الى مأمنه ، وإن عرض له عارض أخرجه الى بعض البلدان غير الذي كان به أمنه . [فهو في] (1) أمانه حتى يصل الى مأمنه (2) .

وكل من آمن حربيا من المسلمين جاز تأمينه جوازا يحقن به دم الحربي ، حتى المرأة والعبد والصبي إذا عقل الأمان، إلا أن الامام بالخيار باجاة ذلك الأمان أو رد المؤمن إلى مأمنه (3) .

[أموال المسلمين الواقعة في الغنيمة]

103 - وكل ما وقع في الغنائم من أموال المسلمين التي كان أهل الشرك قد أحرزوها .

(*) الجهاد لغة : مصدر جهد في الأمر : جدّ وتعب .

وشرعا قال ابن عرفة « قتال مسلم كافرا غير ذي عهد لإعلاء كلمة الله ، أو حضوره له ، أو دخوله » . (الرضاع : 139 ، الشرح الصغير : 267/2) .

(1) ما بين العاقفتين مطموس بالاصل ، وما أثبتناه مناسب لسياق الكلام .

(2) يشير الى قوله تعالى : « وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه ذلك بأنهم قوم لا يعلمون » التوبة: 6 .

(3) لا خلاف في جواز تأمين الامام وأمير الجيش مطلقا ما لم يلحق بأمانه ضرر للمسلمين (زروق على الرسالة: 7/2) .

قال صلى الله عليه وسلم : « ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم ويرد عليهم أقصاهم » البخاري وابن ماجه .

فإن عرف صاحبه ، كان حاضرا أو غائبا، لم يقسم .

وإن لم يعلم قسم .

فإن أتى صاحبه كان أحق به بالثمن .

وكذلك إن دخل رجل من المسلمين اليهم بأمان ، فاشترى منهم من الأموال التي غنموها من أموال المسلمين ، ثم خرج (4) بها، فلا شيء لأربابها فيها، إلا أن يعطوا الثمن الذي اشترت به .

وإن كان الداخل اليهم لم يشتري منهم ، ولكن وهبوه من أموال المسلمين ، فإن أربابها يأخذون ذلك بلا ثمن؛ إلا أن يكون قد كافأ على تلك الهبة ، فيكون كالشراء .

وإن كان عبدا أو أمة فأعتق المشتري أو اتخذها أم ولد، فذلك فوت، ولا سبيل لربها الأول اليها .

قال أشهب : العتق باطل وصاحبه الأول أحق بذلك بالثمن .

[ما وقع في الغنيمة من أموال الذميين]

104 - وإن أحرز المشركون شيئا من أهل ذمتنا ثم غنمناهم منهم ، كان حكمهم أن يردوا إلى ذمتهم .

[إسلام المشرك الذي بيده ذمي أو مال للمسلمين]

105 - وإن أسلم عليهم أهل الشرك كانوا عبيدا لهم (5) .

(4) اختلف في شراء أموال المسلمين التي غنمها العدو .

قال ابن القاسم بكرهيته . وقال ابن المواز باستحبابه واختاره القاضي إسماعيل وضعف بأن فيه اغراء للحريين بأخذ أموال المسلمين .

ورجع بعض الشيوخ الأول لاسيما إذا كانت الاسعار رخيصة فيكون تحصيل ذلك إلى أربابها أولى من تركها بيد العدو (ابن ناجي على الرسالة: 11/2) .

(5) هذا على رأي أشهب أما ابن القاسم فقال: هو حر (زروق على الرسالة: 11/2) .

وكذلك إذا أسلموا على ما في أيديهم من أموالنا التي غنموها فهي لهم ولا تؤخذ منهم (6) .

[دخول الحربي أرض المسلمين بأمان]

106 - وكذلك ان دخل الينا حربي بأمان وفي يده بعض أموال المسلمين، فهي له ولا يعرض له فيها (7) .

وان باع ذلك من مسلم فهو للمشتري ، ولا شيء لربه فيه .

[فداء المسلم من دار الحرب]

107 - واذا فدى الرجل رجلا مسلما من دار الحرب، بأمره أو بغير أمره، اتبعه بما فداه به وان كره .

[قسمة الغنائم]

108 - والأصل في قسم الغنائم انه يضرب للفرس بسهمين ، ولفارسه بسهم واحد (8) . ولا يضرب بسهم لبعير ولا لبغل ولا لحمار (9) .

-
- (6) يشمل ذلك الرقيق اما لو اسلم ويده مسلم اسير لم يصح ابقاؤه لديه (ن ، م) .
- (7) ان دخل الحربي بأمان وفي يده مسلمون قبل يجبر على بيعهم ، وقيل يجبر على بيع النساء دون الرجال وقيل لا يجبر على شيء (ن ، م) .
- (8) قال ابن وهب: للفرس سهم واحد ، وفاقا لأبي حنيفة بناء على ان الحيوان لا يكون أفضل من الأدمي وهو قول مردود بالسنة (زروق وابن ناجي على الرسالة 10/2) .
- روى البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهما » .
- وقال مالك : « يسلم للخيل والبراذين منها لقوله تعالى : « والخيل والبغال والحمير لتركبوها » (النحل : 8) . ولا يسهم لأكثر من فرس (البخاري : 37/4 باب سهم الفرس)
- (9) اختلف في البراذين (وهي الخيل العظام) فقيل يسهم لها كالخيل . وقيل يسهم لها ان وافق الامام . وقيل يشترط في ذلك ان تشبه الخيل في الكر والفر ومثلها الهجين (وهو ما أبوه عربي وأمه من البراذين) زروق وابن ناجي على الرسالة : 10/2) .

وان كان مع رجل فرسان لم يضرب له الا بسهم فرس واحد .

وسهم الفرس واجب وان لقوا العدو رجالا غير ركبان .

وما أصابه السرية الخارجة من الجيش دخل فيها جميع أهل الجيش .

والحد الذي به تدخل الحقوق في الغنائم ، فلا تُحوّل بزيادة ولا نقصان، هو لقاء العدو وحربه (10) .

فمن نفق (11) قبل ذلك فرسه فلا سهم له ، ومن نفق بعد ذلك فرسه لم يضره .

وكذلك من مات قبل ذلك فلا سهم لورثته .

ومن مات بعد ذلك فسهمه بين ورثته موروث .

هذا مذهب ابن القاسم (12) .

وأما عبد الملك فيجعل الحد في ذلك الإدراب (13)، فإن أدرب المسلمون ثبتت الحقوق في الغنائم عنده على نحو ما فسرت (14) .

والسهم واجب لكل حاضر من الرجال ، من قاتل منهم ومن لم يقاتل .

وأما الصبيان والنساء فلا سهم لهم، قاتلوا أو لم يقاتلوا (15) .

(10) يسهم كذلك لمن تخلف عن القتال في شغل المسلمين .

وقد ذكر الفقهاء شروطا يستحق بها السهم وهي: الحرية والاسلام والبلوغ والصحة وحضور الموقعة ولو لم يقاتل ونية الجهاد . (زروق على الرسالة: 9/2) .

(11) يقال : فرس نفق الجري أي قصير الغاية يجري قليلا ثم ينقطع عن جريه .

(12) روى ابن حبيب عن أصحاب مالك ان مشاهدة القرية أو الحصن أو العسكر كالقتال (ابن ناجي على الرسالة: 9/2) .

(13) الادراب هو الدخول الى أرض العدو .

(14) يكون ذلك الى قفول الجيش ولو مات المجاهد قبل لقاء العدو (ن ، م) .

(15) اختلف في المرأة والعبد والصبي المطلق والمجنون القادر والمريض والأعمى والمشوه والفرس المريض . انظر تفصيل ذلك في (الشرح الصغير : 298/2) .

وأما التجار والأجراء، فإن قاتلوا أسهم لهم، وإن لم يقاتلوا فلا يسهم لهم .

والضال في أرض العدو سهمه في الغنائم واجب .

والمراكب تخرج فبرد بعضها الريح ، وتنفذ الأخرى ، فتصيب الغنائم ، فسهم الراجعين قائم كسهم النافذين .

[ما ينتفع به من الغنائم دون إذن]

109 - وسنة الطعام أن يؤكل بغير إذن الإمام، ومن حازه فهو أحق به (16) .

وكذلك الغنم والبقر ، وجميع ما ينتفع به مثل الجلود يعمل منها خفافا ونعالا وما أشبه ذلك .

وكذلك الدابة يركبها والثوب يلبسه والسلاح يقاتل به (17) .

وروى علي بن زياد وابن وهب عن مالك: أنه لا يركب دابة ولا يلبس ثوبا ، ولو جاز ذلك جاز له أن يأخذ دنائير فينتفع بها (18) .

[رد العليج إلى مأمنه]

110 - وكل من ادعى عليجا ظفر به في طريق من سبب يحقن به دمه، واشتبه في ذلك صدقه وكذبه، فإن حكمه أن يرد إلى مأمنه أن لم يقبل قوله (19) .

(16) قال مالك: « لا بأس أن يأكل المسلمون إذا دخلوا أرض العدو من طعامهم ما وجدوا قبل القسمة وإن يدخر الرجل من ذلك شيئا يرجع به إلى أهله وينتفع به إذا كان يسيرا » (تنوير الحوالك : 9/2) .

(17) هذا رأي ابن القاسم في المدونة . ورد بالأصل (بها) عوض (به) .

(18) يرتفع هذا الخلاف في معمة الحرب قاله ابن رشد . ونقل ابن عبد السلام عن بعض شيوخه أن التزام ذلك في حالة الضرورة ولا فرق بين أخذ هذه الأشياء عند الحاجة ولا بين أخذ ما يشتريها به . ومنهم من يرى الشراء زيادة تصرف على ما إذن فيه إذ لا يلزم من جواز التصرف في شيء ما على وجه أن يجوز على سائر الوجوه (ابن ناجي على الرسالة : 8/2) .

(19) كتب عمر بن الخطاب إلى عامل جيش ينهاء عن قتل العليج بعد أن يعطى له الأمان وقال : « إني والذي نفسي بيده لا أعلم مكان واحد فعل ذلك إلا ضربت عنقه » (تنوير الحوالك : 7/2) .

باب النذور والأيمان (*)

[نذر الصدقة بشيء معين]

111 - قال محمد : أصل مذهب مالك والرواة من أصحابه : أنه من نذر صدقة شيء بعينه من ماله ، فإنه يخرج منه كله ، وإن كان جل ماله أو أكثره .

وكذلك إن عدد أشياء بأعيانها ؛ فإنه يخرجها جميعها ، وإن كانت بجميع ماله . [8 - أ]

وان قصد الى ذكر المال جملة واحدة؛ فإنما عليه إخراج ثلثه، كان ذلك في نذر أو يمين (1) .

[اليمين الموجبة للكفارة]

112 - ومن قولهم : ان الكفارة (2) لا تكون في شيء من الأيمان إلا في اليمين بالله أو بشيء من صفاته وأسمائه (3) .

(*) الايمان جمع يمين، وهو ربط العقد بالامتناع والتبرك والاقدام على فعل بمعنى معظم حقيقة او اعتقادا (زروق وابن ناجي على الرسالة : 14/2) .

عرف ابن رشد النذر اللازمة بقوله : « أن يوجب الرجل على نفسه فعل ما في فعله قربة لله تعالى وليس بواجب . أو ترك ما في تركه قربة لله تعالى وليس بواجب (المقدمات : 307/1) .

(1) ومن نذر صدقة مال غيره أو عتق عبد غيره لم يلزمه شيء ، الا ان يعلقه على ملكه فيلزمه متى ملكه .
ومن قال : ان فعلت كذا فعلي نذر كذا ، من افعال الخير لزمه (زروق وابن ناجي على الرسالة : 21/2) .
(2) كفارة اليمين هي المبينة في قوله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام... » الآية ، المائدة : 89 .

(3) قال صلى الله عليه وسلم : « ان الله ينهاكم ان تحلفوا بأبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت » مالك في الموطأ .

والحلف بغير الله محرم ، ومن حلف بما يعبد من دون الله فقد كفر (حاشية حجازي، 368/1) .

وروى علي عن مالك: أن الحالف بالقرآن والمصحف لا حنث عليه .

وأما في غير ذلك من سائر خلقه فلا كفارة عليه (4) .

قال محمد : وجميع الأيمان - لا أحاشي منها شيئاً - معانيها محصورة في ثلاثة أوجه : نية الحالف ، وبساط الكلام (5) ، وظاهر القول .
فمن كانت له نية حمل على نيته ، فُدِّين . (6) ومن لم تكن له نية حمل على بساط كلامه .

ومن لم يكن لكلامه بساط حمل على ظاهر لفظه .

[اللغو في اليمين والطلاق والعتاق]

113 - اللغو في مذهب مالك : ما حلف عليه الانسان وهو يرى أنه كذلك وأنه صادق في حلفه، فإن تبين أنه على غير ذلك فلا حنث عليه (7) .
وحكم اللغو في يمين الطلاق والعتاق ساقط ، وليس كحكمه في اليمين بالله (8) .

[الاستثناء في اليمين والطلاق والعتاق]

114 - والاستثناء مزيل للأيمان إذا أراد بالاستثناء إسقاط الكفارة (9) وعرف وجه ذلك .

(4) يؤدب من حلف بطلاق أو عتاق لتشبيهه بالفساق . وهذه اليمين مكروهة وتلزم صاحبها (زروق وابن ناجي على الرسالة : 15/2) .

(5) هو الباعث على الحلف (أسهل المدارك : 23/2) .

(6) يريد ، كما يقال : ترك لدينه .

(7) لقوله تعالى : « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم » الآية السابقة .

(8) يحصل الطلاق والعتق ان أراد العتق، وان أراد التحريم من غير عتق لم يلزمه شيء (قوانين الاحكام : 118) .

(9) يشترط في الاستثناء ثلاثة شروط : النطق باللسان - الاتصال باليمين - قصد حل اليمين (ن . م : 123) .
(123) .

وان كان انما أراد به تحقيق الفعل وتأكيده الحلف ؛ فلا حكم للاستثناء حينئذ في إزالة الكفارة (10) .

والاستثناء لا يزيل حكم الطلاق والعتاق .

هذا جملة مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك .

وقال ابن الماجشون : إن أوقع الاستثناء على الطلاق لزم الطلاق ، وإن أوقعه على الفعل لم يلزم الطلاق .

[البر في الايمان والحنث فيها]

115 - واصل مذهب مالك والرواة من أصحابه : أن البر (11) في الأيمان لا يقع إلا بكمال الفعل وقامه . وأن الحنث (12) يقع ببعض الفعل .

مثل الرجل يحلف : لا أكلم فلانا وفلانا ، فيكلم أحدهما فانه يحنث ، وإن حلف : ليكلمن فلانا وفلانا ، فلا يبر إلا بتكليمهما جميعا .

الا ابن كنانة لخص في هذا الأصل شيئا، ذكر بانه إذا كان بساط الكلام على أنه كره استيعاب جميع الفعل وأجاب إلى البعض فلم يرض منه إلا بالجميع فحلف على ذلك ثم فعل البعض ؛ فهذا لا حنث عليه بهذه الشريطة .

[تكرار اليمين بالله واليمين بالطلاق]

116 - وكل من كرر يمينه بالله نسقا ثم حنث، فإنما عليه كفارة واحدة، إلا أن ينوي كفارتين (13) .

وأيمان الطلاق بضد هذا الحكم .

(10) ومثله لو قصد التفويض الى الله أو التأديب والتبرك (ن ، م) .

(11) البر: هو الموافقة لما حلف عليه .

(12) والحنث هو: مخالفة ما حلف عليه من نفي أو اثبات (قوانين الاحكام : 118) .

(13) وكذلك إن أتى بصيغة تقتضي التكرار كقوله : كلما ومتى وشبههما (ن م) .

ومن كرر يمينه بالطلاق ثم حنث؛ وجبت عليه تطليقتان ، إلا أن ينوي واحدة .

[النية والثنيا في اليمين]

117 - وأصل مذهبهم : أن النية يجب حكمها ، وينتفع بها صاحبها وإن لم يفصح بها .
وأن الثنيا لا ينتفع بها صاحبها إلا أن يفصح بها . وينطق بها لسانه . مثل أن يحلف : لا
كلمت فلانا . وينوي شهرا . فله نيته . إلا أن تكون يمينه بطلاق أو عتاق . ويرفع الى
السلطان ؛ فلا يقبل قوله في ادعاء النية .

[الاستثناء الذي لا ينفع]

118 - وبيان الاستثناء الذي لا ينفع إلا بالنطق به مثل أن يحلف : لا كلمت قرشيا ،
ويستثني فلانا منهم ، فان نطق به فله ثنياء ، وان لم ينطق به؛ فلا ينفعه ، هذا إذا كان
حالفا من عند نفسه .
وأما إن كان محلفا ؛ فلا نية له ولا استثناء، إلا أن يحرك به لسانه .
هكذا قال مالك

قال سحنون : لا ينفعه ، وإن حرك لسانه ، لأن اليمين للمحلف له على ما أظهره .

[الحلف على الاسم العام]

119 - قال محمد : والأصل في الحالف على الاسم العام؛ ألا يفعل منه فعلا ثم يفعل منه
اسما مختصا ؛ فانه يحنث .
كالحالف : لا أكل لحم الدجاج ، فأكل من لحم الديكة ، ولا أكل البيض ، فأكل بيض
الحيتان أو غيره من سائر البيض .

[الحلف على الاسم المختص]

120 - فإن حلف على الاسم المختص فواقع الاسم العام ؛ لم يحنث ، كالحالف : لا
[٨ - ب] أكل لحم الحيتان/ فأكل من لحوم الأنعام .
أو حلف : لا يأكل لحوم الديكة ، فأكل من لحوم الدجاج .

[الحلف على وجه الكراهية]

121 - وكل من حلف على رجل : ألا يقبل منه صلة، أو لا يركب له دابة .

فإن كان ذلك على وجه الكراهية لِمَنَّهُ؛ فإنه إن انتفع به في شيء من ضروب المنافع غير الشيء الذي نص منه بيمينه، فإنه حانت .

[الحنث يوجب الكفارة]

122 - وكل حانت في يمين، فإنه يؤمر بالكفارة ، أو بما يجب عليه في ذلك، إن كان ليمينه مخرج غير الكفارة من غير أن يقضي عليه السلطان بتنفيذ ذلك ، حاشى الطلاق والعتاق فإن السلطان يقضي عليه بذلك .

باب ما يحل ويحرم من الطعام

[لحوم الطير والسباع والهر والكلب]

123 - قال محمد : أصل مذهب مالك : انه لا يكره أكل شيء من الطير . وكان لا يرى أكل شيء من السباع ، ولا الهر ، ولا الكلب ، ولا ما أشبهها (1) .

[جنين الشاة]

124 - وحكم جنين الشاة حكم أمه في الذكاة ، وإن لم يذك ، إذا تم خلقه ونبت شعره ، فإن لم ينبت شعره فهو غير تام الخلق (2) .

وإن خرج الجنين وفيه الحياة المجتمععة التي يمكن أن يعيش بمثلها؛ فلا يحل أكله إلا بذكاته .
وإن كانت الحياة الضعيفة التي لا يشك أنه لا يعيش بها ، فهو ذكيٌ بذكاة أمه ، واستحب أن يذكى .

(1) قسم الفقهاء المطعومات الى قسمين : جماد ، ويشمل النبات ؛ وحيوان . فاما الجهاد فهو حلال كله ما عدا النجاسات أو ما خالطته نجاسة والمسكرات والمضرات كالسموم .

واختلف في الطين فقبل مكرهه وقبل حرام .

أما الحيوان فمنه ما يحرم لذاته ومنه ما يحرم لسبب كالمنخنقة ونحوها .

وفي رواية العراقيين انه يؤكل جميع الحيوان من الفيل الى النملة والدود الا الآدمي والخنزير .

انظر تفصيل ذلك في (قوانين الاحكام : 192) .

(2) يعتبر الجنين تام الخلقة ولو كان ناقص يد أو رجل خلقة . ويعتبر الشعر غير المتكامل، ولا يكفي شعر رأسه أو عينيه . وكذا البيض يعتبر طاهرا يؤكل إن خرج بعد ذكاة أمه بخلاف لو ماتت بلا ذكاة (الشرح الصغير : 177/2) .

[لا رخصة للظالم في أكل المحرم]

125 - وكل خارج من بيته ظالما للمسلمين متعديا عليهم ، فلا يحل له عند الاضرار أن يأكل الميتة ولا الخنزير .

[المضطر لا يشرب الخمر]

126 - وكل من أبيح له الخنزير والميتة بالاضرار ، فلا يحل له في ذلك الحين شرب الخمر ، لأن الله عز وجل لم ينص ذكرها فيما نص إباحته (3) .

[الانتفاع بما وقعت فيه فأرة]

127 - وكل زيت أو سمن وقعت فيه فأرة ، فإن كان جامدا، ألقيت الفأرة وما حولها وطاب سائر ذلك ، الا أن يعلم أو يظن أن الجمد إنما دخل في السمن والزيت بعد سقوط الفأرة فيه ، فحكمه حكم الذائب أن يلقي جميعه (4) .
وقد اختلف بالانتفاع به إذا حرم أكله .

فقال ابن الماجشون : لا ينتفع به للاستصباح ولا لغيره .

وقال ابن حبيب : لا بأس أن يستصبح بهما أو يتخذا صابونا (5) .

[حكم الذبيحة التي لم يسم عليها]

128 - قال محمد : واختلفوا في الذبيحة التي لا يسمى الله عليها عمدا :

(3) لا تحمل الخمر الا لإزالة القصة ولا تباح لجوع أو عطش لأنها لا تدفعها . قال خليل « وخبر تعين لقصة » (ن ، م : 167/2) .

(4) قال سحنون : إذا طال مقامها فيه . فانه يطرح كله لانه يظن السريان بجميعه قال خليل : « وينجس كثير طعام مائع بنجس قل كجامد إن أمكن السريان وإلا فبحسبه » (الفواكه الدواني : 403/1) .

(5) لا يستصبح بالزيت النجس الذائب وشبهه في المساجد لأنه ينعكس الدخان فيها . ويجب على المستصبح أن يحترز منه لأنه نجس . وكذلك لا يبنى بمونة عجنت بزيت متنجس ولا بطوب متنجس لأن المساجد يجب تنزيها عن النجاسات (ن . م : 402) .

فقال مالك : لا تؤكل (6) .

قال اشهب : إن كان إنما تركها استخفافاً لم تؤكل ، وإن كان متأولاً فلا بأس . إن تؤكل (7) .

[حكم الشراب المخلوط]

129 - قال محمد : والأصل في الشراب المتخذ من خليطين : أن ينظر في كل خليط على انفراده؛ فإن قام من كل واحد نبيذ؛ فلا يحل أن يخلطاً ويتخذ منها جميعاً شراباً ، وإن لم يكن كذلك؛ فليساً بخليطين (8) .

وقد حكى محمد بن المواز عن ابن القاسم رخصة في النبيذ يجعل فيه الدقيق ليشده أو يعجله (9) .

وحكى ابن القاسم عن مالك فيه اختلاف قول .

وقال أصبغ بخلاف ابن القاسم في ذلك .

[صيد الكلب غير المعلم]

130 - ولا يجوز صيد الكلب الذي هو غير معلم (10) .

(6) أخرج مالك في الموطأ عن عروة أنه قال : « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فيل له : يا رسول الله إن ناساً من أهل البادية يأتونا بلحمان ولا ندرى هل سموا الله عليها أم لا . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : سموا الله عليها ثم كلوا » قال مالك : وذلك في أول الإسلام .

(7) من ترك التسمية ناسياً تؤكل ذبيحته . وكذلك العاجز عنها كالأخرس .

وذهب ابن رشد إلى أن التسمية ليست بشرط صحة . وإنما الاعتبار النية والقصد للذكاة (الشرح الصغير وحاشية الصاوي : 171/2 : فوائن الأحكام : 136) .

(8) كره شراب خليطين كزبيب وتمر أو نحو ذلك . وسواء خلطاً عند الانتباز أو عند الشرب إن أمكن الاسكار بأن طال زمن النبيذ كاللبن واللبن فاعلى لأن قرب الزمن مباح . أما إن دخله الاسكار ولو ظناً فحرام نجس . والظاهر أنه نهي تعبدى لا لعل . وعلل بعضهم باحتمال الاسكار بالمخالطة (ن . م : 187/2) .

(9) يجعله عجليل أي قطعاً طويلاً بخلط الكف وطوها (أقرب الموارد : عجل) .

(10) والكلب المعلم : هو الذي إذا أرسل أطاع وإذا زجر انزجر (الفواكه الدواني : 405/1) .

قال عليه الصلاة والسلام : « إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل ما أمسك عليك » البخاري

[ذبيحة الصبي والمرأة]

131 - ولا بأس بذبيحة الصبي والمرأة .

[ما تنفع فيه الذكاة وما لا تنفع]

132 - وكل شاة وقعت للموت . فإن كانت قد صارت الى الجال التي لا ترجى معها . فلا تذكى . وإن ذُكيت : لم تحل .

وان كانت حالتها مرجوة غير ميؤوس منها فلا : بأس ان تذكى وتؤكل (11).

[الذكاة الشرعية]

133 - ولا تحل الذبيحة الا بقطع الحلقوم والودجين جميعا .

(11) روي ان جارية لكعب بن مالك كانت ترعى غنما لها فاصيبت شاة منها فذبحتها بعجر . فسل النبي صلى الله عليه وسلم فقال : « لا بأس بها فكلوها » مالك في الموطأ . انظر (الشرح الصغير : 174/2)

باب ما يحل ويحرم من البيوع (*)

[البيوع الجائزة]

134 - قال محمد : البيوع الجائزة منقسمة على ثلاثة أوجه :

- عين حاضرة مرئية ،

- وعين غائبة موصوفة ،

- وصفة مضمونة في ذمة ،

9-أ وما سوى ذلك فلا يجزىء/به التعامل ، وإن جرى لم يجز . .

[بيع الغائب]

135 - وحكم الشيء الغائب (1) منقسم على وجهين :

(*) البيع لغة : مصدر باع الشيء : أخرجه عن ملكه أو أدخله فيه بعوض ، فهو من أساء الأضداد .
وشرعا : قال ابن عرفة « عقد معاوضة على غير منافع ذو مكايسة أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه (الرصاع على حدود ابن عرفة) .

(1) بيع الشيء الغائب جائز بصفة استثنائية في حالات الضرورة لأن النظر الى البيع عند العقد أبلغ في تحصيل المعرفة من الصفة . قد قال عليه الصلاة والسلام : « ليس الخبر كالمعاينة » أحمد .
وقد ذكر ابن رشد بعض حالات الضرورة التي تسوغ هذا البيع انظر (المقدمات : 225/2) .
ولبيع الغائب اثنتا عشرة صورة انظر أحكامها في (الشرح الصغير : 44/3) .

- غيبة قريبة ،

- وغيبة بعيدة .

والغائب غيبة بعيدة منقسم على وجهين :

- منه المأمون مثل الدور والأرضين والعقارات .

- ومنه غير المأمون مثل الحيوان والعروض .

فما كان منه قريب الغيبة؛ جاز بيعه بالوصف (2) وجاز النقد فيه، كان من الأشياء المأمون أو لم يكن ، إذا كانت الصفة يتولاها العدل المأمون ، وأما إن تولاه البائع؛ لم يجوز النقد فيها على صفته .

وما كان من الأشياء البعيدة الغيبة لم يجوز النقد فيها الا في المأمون الذي ذكرته ، إذا تولى وصفه العدل المأمون .

وأما بصفة البائع؛ فلا يجوز النقد فيه .

وأما غير المأمون؛ فلا يجوز النقد فيه، كان الذي يتولى وصفه العدل أو البائع .

[بيع السلم]

136 - وحكم الشراء للشيء المضمون في الذمة . يسمون التعامل عليه سَلماً (3) .
وبه رسموا كتب ذلك الباب في دواوينهم .

(2) أوضح القرافي ان بيع الغائب على الصفة فيه عدول عن اليقين الى توقع الغرر، ولهذا تشترط فيه الشروط الثلاثة التالية :

- ان لا يكون المبيع قريباً جداً تمكن رؤيته من غير مشقة .

- ان لا يكون بعيداً جداً لانه قد يتغير قبل تسليمه أو يتعذر تسليمه أصلاً .

- أن يكون الوصف بالصفات التي تتعلق بها الأغراض (الفروق : 247/3 : الفرق 187)

(3) هو رخصة مستثناة من بيع الانسان ما ليس عنده (حاشية حجازي العدوى : 80/2) لقوله صلى الله عليه وسلم « من أسلف فليسلف في ثمن معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم » .

وأصل مذهب مالك الذي روى ابن القاسم : أنه لا يجوز السلم الحال (4) ، ولا يجوز إلا إلى أجل تتغير في مثله الأسواق : الخمسة عشر يوما وما أشبهها .
وروى ابن وهب عن مالك إجازة السلم إلى ثلاثة أيام (5) .

[بيع الطعام قبل استيفائه]

137 - انظر : فكل طعام كان ثمننا لشيء من الأشياء : ما كان ذلك الشيء : فلا يجوز أن يبيعه من هو له حتى يستوفيه . وهو بمنزلة شرائه بالدنانير والدراهم (6) .

[منع البيع الفاسد]

138 - وانظر : فكل صفة انعقدت على ظاهر الصحة والسلامة ، ثم يتبين فيها وجه لو تعاملنا عليه لم يجز البيع : فلا يجوز أن يتراضيا بتنفيذ ذلك الوجه الذي لا يحل التعامل فيه (7) .

(4) هذا هو المشهور في المذهب وقيل يجوز السلم الحال . وفصل اللخمي فقال بالسلم الحال : وهو الذي يكون من شأنه بيع تلك السلعة ، وبالسلم المؤجل وهو الذي يكون ممن ليس في شأنه بيع تلك السلعة (بداية المجتهد : 228/2) .

(5) وقال ابن عبد الحكم : لا بأس فيه إلى اليوم الواحد .
هذا ان كان يقتضى في البلد الذي أبرم فيه العقد . اما ان كان مما يقتضى في بلد آخر فان الأجل فيه هو قطع المسافة بين البلدين قلت أو بعدت (ن ، م : 229) .
(6) من ابتاع طعاما أو أخذه عوضا عن عمل ولو كرزق قاض أو بعض الجند ، أو أخذه صداقا ، أو أورش جنابة : فلا يجوز له يبعه قبل ان يستوفيه بكيله أو وزنه لقوله صلى الله عليه وسلم « من اشترى طعاما فلا يبعه حتى يكتاله ، وفي رواية : حتى يستوفيه ، وفي رواية : حتى يقبضه » .
واختلف في وجه الحرمة فقليل : تعبدى ، وقيل بأن غرض الشارع سهولة الوصول إلى الطعام من القوي والضعيف ولو جاز قبل قبضه لربما أخفى وبيع خفية فلا يتوصل إليه الفقير (الفواكه الدواني : 84/2) .
(7) البيع عقد معاوضة يلتزم فيه المتعاقدان بتبادل المنافع بنقل الملكية بعوض فاذا لم يتحقق القصد منه لم يجز شرعا ولو كان ظاهره الصحة . وهذا ينبني على القاعدة الفقهية التي عبر عنها القرافي بقوله « كل تصرف كان من العقود كالبيع وهو لا يحصل منصوصه فانه لا يشرع ويبطل ان وقع » . (الفروق 238/3 الفرق 184)
فاذا انعقدت بين متبايعين صفقة ظاهرها الصحة وهي في الواقع فاسدة : كأن يكون المبيع حصة ميراث لم يقع استحقاؤه والمشتري يجهل ذلك ، أو يكون قارورة خل ثم يتبين انه خمر : فانه يجب فسخ هذا البيع .
قال بهرام المالكي :

ويفسخ بيع فاسد مطلقا ولا يسامح فيه من عن الحق حولا

(منظومة بهرام مخ دار الكتب الوطنية بتونس 12338) .

[بيع الدين]

139 - والأصل في الدين الواجب : أنه لا يجوز أن يباع من صاحبه الذي هو عليه ، ولا من غيره ، بشيء يتأخر عن القبض البتة ، ولا بجارية تتواضع (8) ، ولا بدارتسكن ، هذا مذهب ابن القاسم .

وقد أجاز أشهب : أن تُقبض في ذلك دارتسكن .

وأكثر ما رخص فيه من هذا الأصل : أن يكون المأخوذ من الدين طعاما ، فيؤخذ في كيله فلا يتم حتى تغرب الشمس ؛ فأباحوا تأخير ذلك الى اليوم الثاني لاتصال ذلك .

ولا يجوز أن يقبض من ثمن الطعام طعاما ، لأنه ذريعة الى استجازه الطعام بالطعام غير يد بيد (9) .

[الجمع بين عقدين مختلفين]

140 - قال محمد : وجلة القول في السلف الذي هو القرض : أنه لا يجوز أن يصحبه شيء من الأشياء لا بيع ولا نكاح ولا شركة ولا قراض ، ولا ما شاكل ذلك من المعاقبات ، لأنه باب من أبواب الربا للاستزادة في السلف (10) .

ولا بأس بالبيع والاجارة أن يجتمعا في عقدة .

-
- (8) المواضة في الرقيق : أن تجعل الأمة مدة استبرائها في حوز مقبول خبره عن حبيضتها (حدود ابن عرفة) .
- (9) بيع الطعام بالطعام لا يجوز الا مثلا بمثل يدا بيد لقوله عليه الصلاة والسلام « ... البر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد » . مسلم وأبو داود والنسائي .
- فالتفاضل ممتنع في بيع الطعام وهو ما يفهم من قوله « مثلا بمثل » . والتناجز ضروري في هذا البيع وهو ما يفهم من قوله « يدا بيد » (البهجة وحلي المعاصم : 23/2) .
- (10) أخرج الترمذي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحل بيع وسلف » .
- وهل هو بيع فاسد أو من بيع الشروط خلاف ، والمشهور انه اذا سقط الشرط صح البيع . وقيل : هو بيع فاسد ولا بد من الفسخ (زروق وابن ناجي على الرسالة : 124/2) .

واختلفوا في البيع والنكاح .

فابن الناسم لا يجيزه .

وعبد الملك بن الماجشون يقول : إن بقي من الثمن فضل ربع دينار جاز النكاح ، والآ
لم يجز (11) .

[بيع الغائب بالخيار]

141 - وكل ما لا يعرف بعينه إذا غاب عن عين صاحبه : فلا يجوز أن يبيعه بالخيار ،
إلا ألا يغيب عليه المشتري (12) .

اشتراط النقد في بيع الخيار والمواضعة والعهدة]

142 - ولا يجوز في بيع الخيار (13) اشتراط النقد ، ولا في بيع المواضعة (14) ، ولا في
بيع العهدة (15) .

ولا يجوز الخيار إلى أجل البعيد (16) .

(11) يمتنع الجمع في صفقة واحدة بين البيع وبين أحد العقود التالية : الجعالة ، الصرف ، المساقاة ، الشركة ،
النكاح ، الفراض ، وزاد بعضهم : السلف (مواهب الجليل : 313/3 ؛ البهجة : 1069/2) .

(12) لأنه من بيع الغرر وقد ورد من مراسيل ابن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر
(زروق وابن ناجي على الرسالة : 112/2) .

(13) هو بيع وقف بئته أولاً على إمضاء يتوقع (حجازي : 42/2) .

(14) تقدم شرحها . انظر الهامش 3 ص 76 أعلاه .

(15) العهدة : في الأصل العهد وهو الالتزام والالتزام . وفي العرف : تعلق ضمان المبيع بالبائع في زمن معين ، وتكون
العهدة في بيع الرقيق بالشرط أو العادة وهي قسبان : عهدة سنة وعهدة ثلاثة أيام (الشرح الصغير : 191/3 -
192) .

(16) يرى مالك أن مدة الخيار تندرج بحسب الحاجة وباختلاف المبيعات ، أما الخيار المطلق فهو جائز ، ويضرب
السلطان فيه أجل مثله (بداية المجتهد : 230/2) .

[بيع الآجال]

143 - وجلة قولهم في بيع الآجال (17) : إنه من باع شيئاً بضمن إلى أجل : فلا يجوز أن يشتري ذلك الشيء بعينه قبل الأجل بشيء لا يجوز أن يبيعه حاضراً بذلك الثمن الذي إلى أجل ، للتهمة الداخلة فيه ، وأنه ذريعة إلى استجادة الربا .

[شراء ما يختار من شيئين]

144 - وكل من اشترى شيئاً يختاره من شيئين فهو جائز ،
وان كان من شيئين مختلفين : فلا يجوز ، إلا أن يكون ذلك من غير عقد لزم المشتري إن شاء أخذ وإن شاء ترك .

[البيع الفاسد]

145 - وكل بيع انعقد على فساد/لم يجز بعد ذلك ، وإن أسقطا الوجه الذي دخل من [9 - ب]
أجله الفساد (18) .

[اجتماع الحلال والحرام في عقد واحد]

146 - وكل صفقة جمعت حلالاً وحراماً ، فهي كلها حرام ؛ ولا ينعقد البيع في الحلال
(19) منها خاصة (20) .

(17) هو بيع المشتري ما اشتراه لبائعه أو لوكيله لأجل ، وهو بيع ظاهره الجواز ، لكنه قد يؤدي إلى ممنوع فيمنع ولو لم يقصد فيه التوصل إلى الممنوع سداً للذريعة التي هي من قواعد مالك (الشرح الصغير : 116/3) .

(18) المبيع الفاسد على ثلاثة أقسام :

- ممنوع لتعلقه بمحظور خارج عن البيع : كالبيع في مكان مفصوب ، فلا يفسخ ، فات أو لم يفت .
- ما نهى عنه ولم يخل فيه بشرط في صحة البيع : كالبيع وقت الجمعة ، ففي فسخه خلاف .
- ما أخل فيه بشرط فيفسخ وترد السلعة إن كانت قائمة وإلا رد مثلها إن كان لها مثل ، وإلا رد ثمنها (قوانين الأحكام : 191) .

(19) في الأصل : الحال .

(20) كالعقد على سلعة وخمر أو خنزير ، وقبل يصح البيع فيما عدا الحرام بقسطه من الثمن (ن ، م) .

[بيع الطعام لأجل]

147 - وكل من وجب له طعام على رجل الى أجل من بيع : فلا يحل له من بيع ذلك الطعام الا وجه واحد من ثلاثة أوجه :
- ان يقبل منه البائع ، أو يوليه رجلا ، أو يشرك فيه (21) .

فإن ولاه أو أشرك فيه : لم يجوز ذلك إلا بحضرة الذي عليه الطعام ، من أجل أن الدين لا يباع إلا بحضرة المديان ويأقراره (22) .

فان حضر فجحد أو كان غائبا : لم يجوز بيع ذلك الدين ، لأن المشتري إنما اشترى ما يحصل من تلك الموصومة ، وذلك الغرر بعينه .

[بيع الدين على المديان]

148 - وكل من وجب له دين على رجل من بيع أو سلم فأراد أن يبيع ذلك الدين على المديان .

فانظر : فإن كان الذي يأخذه بدلا من ذلك الدين ، يجوز أن يبيعه بماله على المديان ، يدا بيد ، أو يجوز أن يسلم فيه رأس المال الذي أسلمه الى المديان : فهو جائز ، والا لم يجوز (23) .

[السلم في الطعام]

149 - وإذا أسلم في طعام موضع بعينه ، أو في عروضه : فهو جائز إن كان مأمونا ، وإن كان غير مأمون : فلا يجوز .

(21) وكذلك ان يهبه أو يسلفه قبل قبضه (ن ، م : 189) .

(22) عبر ابن عاصم عن هذا الشرط في بيع الدين لغير من هو عليه ، فقال :

وإنما يجوز مع حضور من أقر بالدين وتعجيل الثمن

فلا يباع الدين مع غيبة المدين لأنه لا يدري حاله من حيث الفقر والغنى ولا يباع مع انكار المدين (البهجة وحلي المعاصم : 45/2) .

(23) هناك خلاف في المذهب في الطعام ان كيل ، والعرض ان أحضر بمحل العقد ، هل يجوز فيها السلم لأن الضمان انتقل للمسلم اليه ، أو يكره مطلقا ولو كيل واحضر لانها لما كانا يغاب عليها أشبه العين ، والكراهة في الطعام أشد (حجازي : 82/2) .

[ضمان المبيع كيلا أو وزنا]

150 - وكل ما بيع على الكيل أو الوزن : فمصيبتة على البائع حتى يكيّله المشتري أو يزنه (24) .

ولا يجوز للمشتري أن يبيعه قبل الكيل أو الوزن إن كان طعاما ، وإن لم يكن طعاما فلا بأس ببيعه .

وحكم الصبر الجراف غير هذا الحكم : المصيبة فيها من المشتري ، وبيعها قبل القبض لهذه العلة .

[امتناع التفاضل في الطعام]

151 - والأصل : أن كل ما يؤكل مما ييبس ويدخر (25) : فلا يجوز أن يبتاع شيء منه بشيء من صنفه إلا مثلا بمثل يدا بيد (26) .

وكل ما يؤكل أو يشرب : كان مما يدخر أو لا يدخر ، فلا يجوز شيء منه بشيء من صنفه أو من غير صنفه ، إلا يدا بيد .

وكل مأكول من الطعام ، كله صنف واحد ، أكان مما يدخر أو مما لا يدخر ، فلا يحل رطبه يبابسه ، لا مثلا بمثل ، ولا متفاضلا ، لا يدا بيد ، ولا إلى أجل .

(24) ضمان المبيع كيلا أو وزنا أو عدا على البائع حتى يقبضه المشتري بالكيل أو الوزن أو العد . ويستمر ضمان البائع له بمعيّاره من مكيال أو ميزان حتى يفرغ في أواني المشتري ، فإذا هلك بيد البائع عند تفرغه ضمنه اتفاقا قاله ابن رشد .

ولو تولى الكيل أو الوزن أو العد المشتري نيابة عن البائع كان ضمانه على البائع لو سقط من الميزان أو المكيال أو غصب .

أما لو كاله البائع أو نائبه وناوله للمشتري فسقط من المشتري أو هلك فضائه عليه لأن قبضه تم باستيلاء المشتري عليه وليس نائباً عن البائع في هذه الحالة .

فصور الضمان أربعة انظر تفصيلها في (الشرح الصغير : 2/196 وما بعدها) .

(25) مثل البر والشعير والسلت والأرز والذرة والزبيب .

(26) تقدم وجوب التامثل والتناجز في بيع الطعام بالهامش 9 أعلاه من هذا الباب .

وكل ما يجوز فيه التفاضل فلا يجوز شيء منه بشيئين حتى يتبين فيه التفاضل ولو كان
ترابا .

وحكم القمح والشعير والسلت حكم واحد ، لا يجوز بينهما التفاضل (27) .

وحكم القطاني اذا اختلفت اجناسها : جاز فيها التفاضل .

والخضر كلها التي لا تدخر : لا بأس بالتفاضل فيها بدا بيد وإن كانت من المأكول .

[تصنيف اللحم والحيوان]

152 - ولحم البقر ولحم الغنم ولحم الابل كله صنف واحد .

وكذلك ألبانها لا يجوز متفاضلا إلا أن يدخل ذلك الصنعة فيجوز التفاضل للاختلاف .

ولحم الطير كله صنف واحد . ولحم الحيتان كله صنف واحد .

[بيع اللحم بالحيوان]

153 - ولا يجوز اللحم بالحيوان ، يعني من صنف واحد ، بدا بيد ، ولا إلى أجل (28) .

وانظر : فكل لحم جاز متفاضلا بدا بيد : فلا بأس حية بمذبوحه ، كالحيطان بالشاة
الحية ، أو كلحم الطير بالشاة ، وما أشبه ذلك .

[بيع الزيت والحنطة المبلولة]

154 - ولا يجوز الزيت بالزيتون (29) ، ولا الحنطة المبلولة بالحنطة المبلولة ، لا مثلا

(27) البر والشعير والسلت جنس واحد لثمارب منفعتها ، وخالف في ذلك عبد الحميد الصائغ (حجازي
العدوي : 24/2) .

(28) علة المنع المزبنة وهي مع مجهول معلوم او مجهول بمجهول من جنسه ، وذلك يؤدي الى جهل بالثمن أو
الثمن .

فإذا كان الحيوان غير مباح الأكل كالخيل جاز البيع لاتتفاء المزبنة .

وإذا كان اللحم مطبوخا جاز بيعه بالحيوان ولو كان من جنسه (الترح الصغير والصاوي : 88/3) .

(29) وعلة المنع توقع التفاضل والغرر .

بمثل ، ولا بينهما تفاضل (30) .

ذلك كله من معنى التمر والرطب المنهي عنه .

والأدهان والأزيات، كل دهن منها صنف على حدته لاختلاف منافعها ، وليست
كاللحمان المختلفة/لاتفاق منافعها .
[10 - أ]

[بيع الذهب والفضة]

155 - والأصل ان الذهب والفضة لا يجوز كل واحد منهما في نفسه الا مثلا بمثل يدا
بيد (31) ، وأن الفضة بالذهب لا يجوز التصارف فيها الا يدا بيد .

[بيع المصحف والسيف المحلين]

156 - وانظر : فإذا كانت حلية المصحف تبعا للمصحف ، وحلية السيف تبعا للسيف،
جاز بيعهما بالفضة (32) .

(30) علة المنع ان المائلة لا تتحقق مع البلل، والحبوب تتفاوت في قبولها الماء فيؤثر ذلك على وزنها وعلى كيلها تأثيرا
مختلفا ويظهر ذلك بعد ان تجف .

وإذا امتنع ذلك في طعامين مبلولين فأحرى أن يمتنع في طعامين أحدهما رطب والآخر يابس (الزرقاني على خليل .
: 71/3)

(31) أجمع العلماء على ان التفاضل والنساء بما لا يجوز واحد منهما في الصنف الواحد من الأصناف التي نص
عليها في حديث عبادة بن الصامت إلا ما حكى عن ابن عباس . وحديث عبادة قال : « سمعت رسول الله صلى
الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح
بالمالح الا سواء بسواء عينا بعين فمن زاد أو استزاد فقد اربى » . البخاري واحد .

وأما منع النسبة فيها فتأثرت بعدة احاديث اشهرها حديث عمر بن الخطاب قال : قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم : « الذهب بالذهب ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء والشعير
بالشعير ربا الا هاء وهاء » . متفق عليه .

وعلة ربا الفضل في النقد علة الثمنية وفي الطعام صلاحيته للاقتيات والادخار .

فالأقتيات ما تقوم البنية به فيكفي في المعيشة ونظام الحياة اذا اقتصر عليه ولو في بعض البلاد . وأما الادخار هو عدم
الفساد بالتأخير الى الأمر المبتغى منه عادة ولا يجد بمدة على ظاهر المذهب ولو لم يغلب استعماله كالتين (حجازي
العدوى : 241/2 : مسالك الدلالة : 216) .

(32) كان مالك لا يرى بأسا بأن يحلى المصحف ، وروى ابن القاسم أن لمالك مصحفا محلى بفضة .
وسئل عن الحلي أو السيف المحلى يكون ما فيه من الحلي الثلث يباع بالفضة أو بالذهب إلى أجل فينقض =

وان كان نصل السيف تبعا للفضة ، وكان ثمن المصحف تبعا لما فيه من الفضة ؛ لم يجوز
ان يباع ذلك الا بالذهب .
وانما جاز هذا فيها لما أجزى من اتخاذها .

[الآنية المحلاة بالفضة]

157 - ولا يجوز ذلك في الآنية المحلاة بالفضة ، ولا السكين ، ولا ما أشبه ذلك مما لا
يجوز اتخاذها .

ولا يجوز بيع شيء منه إلا بخلاف صنف حليته (33) .

[الزيادة في القرض]

158 - وأصلهم في الزيادة في القرض عند القضاء، لا بأس به إذا كانت الزيادة في
الوزن والجودة (34) .

z للثبتي حليته ويفرقها فجوز ذلك، وهو رأي ابن القاسم أيضا .
وجوز ربيعة بيع السيف المحلى بالفضة تكون الفضة تبعا بالذهب إلى أجل .
وقال ابن القاسم: يفسخ البيع ان ادرك ولم ينقضه وهو قائم .
ومنع عمر بن الخطاب بيع السيف المحلى بفضة بالدراهم (المدونة : 3 100 . 101) .
(33) يحرم اقتناء الاتاء المصنوع من الذهب والفضة . وكذلك استعماله ولو في حق الاتى ، ويجوز بيعه لمن يكسره
ويصنعه حليا بعرض أو نقد، لكن إن كان من غير جنسه اشترطت المناجرة فقط وان كان من جنسه اشترطت المائلة
في الوزن والمناجرة .

وأما المصنوع من النقدين فلا يجوز بيعه الا بالعرض . ولا يجوز بهما أو بأحدهما ولو التابع على المشهور .
وأما المحلى بالنقدين فأشار اليه خليل بقوله « وان حلي بهما لم يجوز بأحدهما الا ان تبعا الجوهر بان كان الذهب
والفضة الثلث والجوهر الثلثين فانه يباع بجنس الأقل من الذهب والفضة ، فان كان الذهب قدر الفضة لم يجوز بيعه
الا بالعرض (الفواكه الدواني، 2/80) .

(34) ورد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تسلف بكراً^١ ورد عنه رباعيا « كان لرجل على النبي صلى الله عليه وسلم
وسلم سن من الابل فجاء يتقاضاها فقال : اعطوه فطلبوا سنه فلم يجدوا الا سنا فوقها فقال : اعطوه . فقال :
أوفيتني أوفاك الله : فقال النبي صلى الله عليه وسلم « ان خيركم أحسنكم قضاء » متفق عليه . وعن جابر قال
« أتيت النبي صلى الله عليه وسلم وكان عليه دين فقضاني وزادني » متفق عليه .

(* البكر - بالفتح - الفتي - الابل بمنزلة الغلام من الناس (اللسان : بكر) وذكر الحديث .

وكره مالك الزيادة في العدد (35) .

قال عبد الملك بن حبيب : لا بأس بالزيادة في العدد ، وذكر في ذلك أثرا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنه استقرض أربعة أبعرة ، فرد ثمانية .

[الوضع من الدين وتعجيله]

159 - وإذا وجب له دين من الديوان : لم يجوز أن يضع شيئا من ذلك ويتعجله قبل محله (36) .

[إحالة الدين]

160 - وكل من أحيل (37) على رجل بدين : فلا يجوز للمحتال أن يأخذ منه إلا ما كان يجوز أن يأخذه من الذي أحاله .

ولا يجوز له أيضا أن يأخذ منه إلا ما كان يجوز للمحتال أن يأخذه من المحال عليه .

[الاشتراط في البيع]

161 - وإذا استريت شيئا من الأشياء بضمن إلى أجل : لم يجوز أن يشترط البائع حبسه إلى أجل (38) ،

(35) قال مالك لا يعجبني أن يقضيه فضل عدد لا في ذهب ولا في طعام عندما يقضيه . ولو كان ذلك بعد أن يقضيه ويتفرقا عن مجلس العقد لم أر بذلك بأسا إذا لم يكن في ذلك عادة ولا موعد . وهذا ما فعله ابن عمر لما قضى مثل العدد وزاد في وزن الدراهم التي قضاها . (المدونة: 107/3) .

(36) قال مالك : الأمر المكروه الذي لا اختلاف فيه عندنا أن يكون للرجل على الرجل الدين إلى أجل فيضع عنه الطالب ويعجله المطلوب ، وذلك عندنا بمنزلة الذي يؤخر دينه بعد تحمله عن غريه ، ويزيده الغريم في حقه ، قال : هذا الربا بعينه لا شك فيه .

وهو قول ابن عمر كان يكرهه وينهى عنه (تنوير الحوالك : 163/2) .

(37) الحوالة مشتقة من التحول .

وهي في الشرع: نقل الدين الى ذمة تبرا بها الأولى .

والأصل فيها قوله صلى الله عليه وسلم : « مطل الغني ظلم وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع » البخاري (البهجة وحلي المعاصم : 55/2) .

(38) إذا كان البيع حالا فللبائع أن يحبس سلعته الى أن يقبض الثمن ولو لم يشترط ذلك .

وإذا هلكت السلعة المحبوسة عند البائع فضائها عليه (البهجة وحلي المعاصم : 17/2 وما بعدها) .

إلا أن يكون مما يجوز أن يشتري على أن يقبض إلى ذلك الأجل ، مثل الأرض والدار
شترط البائع سكتها إلى الأجل : فذلك جائز لأنها مأمونة (39) .

وإن اشترط البائع أن يكون على يدي عدل ، جاز ذلك .

ولا يجوز أن يبتاع عبدا على أن يكتبه المشتري ، ولا على أن يدبره ، ولا على أن يعتقه
إلى أجل ، ولا أن يتخذها أم ولد إن كانت جارية (40) .

وجائز أن يبتاعه منه على العتق ، لأن العتق امر معروف مأثور به ، وما سدى ذلك مدخله
الغرر (41) .

(39) يجوز في الأصول اشتراط حبسها لانه يجوز ان تباع على ان تقبض الى اجل (ن ، م) .

(40) لم تجز هذه الشروط لانها مناقضة لمقتضى العقد (مواهب الجليل : 374/4) .

(41) للعلماء اقوال في جواز البيع مع الشرط . انظرها في (التاج : لأكليل : 372/4 : البهجة : 8/2) .
نظر أيضا باب الشروط فيما يأتي ففيه مسائل جمة .

باب احكام البيوع

[فوات المبيع بيعا فاسدا]

162 - قال محمد أصل مذهب مالك بن أنس والرواة من أصحابه : أن كل بيع فسد لعقده ، أو لوقته مثل بيع المدبر ، وساعة الخطبة يوم الجمعة ؛ فلا قيمة فيه إذا فات (1) .
وما فسد لثمنه كانت فيه القيمة إذا فاتت العين .

[الاستثناء من المبيع]

163 - : نظ : فكل شيء يستثنى من الشيء المبيع ، فسبيل ذلك الشيء المستثنى سبيل جزء من أجزاء الثمن .

فإن كان مما يجوز أن يكون ثمنا، فهو جائز .
وان كان مما لا يجوز، فلا خير في ذلك البيع .

[المبيع المعيب أو المستحق]

164 - : لأصل في كل مبيع وجد به عيب ، أو استحق منه بعض : أن للمشتري أن يرد

(1) في فسخ البيع الفاسد لوقته خلاف . والبيع الفاسد لاختلال شرط من شروط صحته يفسخ وترد السلعة إذا كانت قائمة ، وإلا رد مثلها كيلا أو وزنا أو عدا ، ويرد ثمنها فيما لا مثل له (قوانين الاحكام : 19) .

المعيب (2) أو المستحق منه ، إذا كان ذلك مما لا يتبعض ، مثل العبد والدابة والثوب ، وما شاكل ذلك من سائر الاشياء .

وليس للمشتري أن يقول : أنا أحتبس ، وأرجع بقيمة العيب ، إلا أن يفوت في يديه .

وليس له أن يحتبس إذا كان استحقاقا ، ويرجع بالمستحق في يديه منه .

وان كان ذلك المبيع من الأشياء التي تتجزأ مثل الأشياء المكيلة أو الموزونة أو المعدودة .
/فانظر : فإن أصاب العيب ، أو كان الاستحقاق بأقل الصفقة وأيسرها لزمه البيع في الباقي ، ويرجع بقيمة العيب أو بما استحق في يده منها ، إلا أن يتراضيا جميعا على الرد .

وان كان ذلك المردود بالعيب أو المستحق هو وجه الصفقة وأكثرها ، وجب للمشتري رد الجميع على البائع، لما دخل عليه من مضرة تبعض الصفقة (3) .

وان قال : أنا أحتبس بما بقي ، لم يكن ذلك له في العيب إلا أن يرضى بذلك له البائع ، فان رضي له بذلك جاز أن كان ذلك الشيء مما يتبعض في الكيل والوزن ، فيبقى بما فيه بضمن معلوم .

وان كان إنما يتبعض في العدد ، لم يجز، لأنه لا يعلم ما ينوب ذلك من الثمن الا بعد التقويم ، فقد حبسه بمجهول .

وأما في الاستحقاق؛ فمن حق المشتري أن يحتبس الباقي بما يصيبه من الثمن ، لأن

(2) قسم العلماء المبيعات الى أصول كاللحوم ونحوها، وإلى عروض كالثياب، وإلى حيوان . فأما الأصول فجعلوا العيب فيها إما أن يكون يسيرا فيغتفر ، أو كثيرا فيرد وجوبا ، أو متوسطا فيرجع فيه بالأرض .
وأما في غير الأصول من العروض ونحوها فيرد ذلك المبيع بالعيب سواء كان قليلا أو كثيرا إذا كان يخفى عند التقليب وقام المشتري بالقرب .

والفرق بين الأصول وغيرها : ان الأصول لا تنفك عن عيب غالبا ولأن عيبها المتوسط يزول بالإصلاح ، فلو ردت به لأضر ذلك بالبائع (البهجة - حلي المعاصم: 100/2) .

(3) الرد بالعيب كما يكون في الكثير ، يكون في القليل ، إلا في الدور وغيرها من العقارات فلا رد فيها بالقليل ولا المتوسط وفيه للمشتري الرجوع بالأرض .
هذا ما ذكره ابن أبي زيد القيرواني .

وفرق غيره بين الدور وغيرها التي قد يراد منها التجارة (الفواكه الدواني، 89/2) .

الاستحقاق لم يبيع البائع ماله ومال غيره ليحمل ماله مال غيره ، والأشياء المعيبة إنما باعها جملة ليحمل بعضها بعضا (4) .

[اختلاف الأسواق وحوالتها]

165 - والأصل : أن اختلاف الأسواق في الشيء المعيب ليس يفوتها ، وهو فوت في ثمن ذلك المعيب ان كان حيوانا أو عرضا (5) .
وحالة الاسواق في البيوع الفاسدة فوت تجب فيه القيمة .

[ضمان ما بيع مدلسا]

166 - وكل شيء دلس فيه بآثمه بعيب (6) ، فهلك ذلك الشيء المعيب من ذلك العيب المدلس به ، فهو من البائع (7) .

وكذلك إذا كان البائع غير مدلس ، ما أصاب ذلك الشيء المشتري من هلاك أو نقص ، كان بسبب العيب أو بغير سببه ، مصيبته من المشتري ونقصه عليه (8) .

(4) أوضح الفقهاء أن في الاستحقاق صوراً عديدة وأن الحكم فيها يختلف انظرها في (الصاوي على الشرح الصغير 203/3) .

(5) الملاحظ أن المثليات والعقارات لا تفتيتها حوالة الاسواق. وقد فصل الكلام عما تفتيته حوالة الأسواق النفاوي في (الفواكه الدواني: 96/2) .

(6) التدليس بالعيب محرم شرعاً للنهي عن أكل أموال الناس بالباطل قال تعالى : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » البقرة : 188 .

وقال عليه الصلاة والسلام : « انه لا يحل مال امرئ الا عن طيب نفس منه » احمد .
وعلى البائع ان يبين العيب للمبتاع قال عليه السلام « من باع عيباً لم يبينه لم يزل في مفت الله » ابن ماجه .

(7) إنما يكون ضمان المدلس بعيب من بآثمه إذا أشهد المشتري على وجود العيب وعلى عدم رضاه به .
أما ان طال الأمر دون ان يشهد حتى يرى انه راض بالعيب فانه بضمنه قاله اصبيغ. وهناك أقوال أخرى انظرها في (مقدمات ابن رشد : 256/2) .

(8) هذه الفقرة ينقلها ابن جزى كاملة مع تصرف قليل ، يقول :
« قال ابن حارث : كل شيء دلس فيه بآثمه بعيب فهلك من ذلك العيب أو نقص منه فمصيبته من البائع ونقصه عليه ، وإن كان هلاكه أو نقصه من سبب غير ذلك العيب المدلس به فمصيبته من المشتري ونقصه عليه » (قوانين الاحكام : 292 - 293) .

[العيب الداخلي]

167 - وأصلهم : أن كل شيء يشتري فيشق أو يكسر فيوجد به عيب لا يعلم إلا بعد الشق أو الكسر ، فانه لا يجب للمشتري بذلك رد على البائع (9) .

هذا مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك .

وحكى عبد الملك بن حبيب عن أصبغ أنه قال : إن كان ذلك العيب من العيوب التي تحدث من غير تفريط ، تكون من مالك ذلك الشيء؛ فلا يرد به .

وان كان إنما يحدث عن تفريط يكون من مالكه ، وان لم ينظر إلى العيب ولم يعلم به فإنه يجب به الرد .

[الضمان في بيع الخيار]

168 - وكل بيع على خيار (10) ، فان حكمه غير حكم البيع المنعقد إلا بعد التراضي . والمصيبة في أيام الخيار من البائع .

(9) قال ابن فرحون « لا يقع الرجوع بالعيب الذي يشترك في الجهل به البائع والمشتري كمرارة القشاء والدُّبَاء ... إلا أن تكون كلها فللمشتري الرد (المسائل الملقوطة : 12 ا) .
الدُّبَاء : الفرع على وزن المكاء . واحده : دُبَاءة (اللسان : دبي) وذكر حديث « نهى صلى الله عليه وسلم عن الدُّبَاء والختم والنقير » .

وقد اجاز المالكية بيع الفواكه ذات القشور في قشرها الأعلى مستدلين بعموم قوله تعالى : « واحل الله البيع » البقرة 275 مراعين الضرورة التي دعت الى بيعه بالقشر لأن الناس في حاجة الى بيعها رطبة وليس في إمكان الجميع تحفيفها وقد يفسدها ازالة القشر (مقدمات ابن رشد: 226/2) .

(10) البيع على الخيار جائز للبائع أو المشتري أو اجنبي، وذلك ليتروى في أخذ السلعة أو ردها . دليله ما أخرجه مالك في الموطأ عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا الا بيع الخيار » .

وخيار التروي في المذهب يكون بالشرط أو العادة ، لا بالمجلس فانه غير معمول به في المذهب (الفواكه الدواني : 90/2) .

[ضمان ما فأت عينه]

169 - وكل من اشترى شيئا شراء فاسدا (11) ففأت عنده عينه : فعليه فيه الفبعة .
وذلك في ما لا يوجد فيه المدل . وعليه المدل في المكمل والموزون .

والقول قول المشتري مع يمينه إن اختلفا في وجود المدل أو في الصفة عند التقويم .

[الصلح كالبيع]

170 - وكل صلح (12) كان عن اقرار المتصالحين ، فحكمه في جميع المعاني حكم
البيع .

[الضمان في البيع]

171 - وكل بيع انعقد على صحة ، فما أصاب المبيع من مصيبة وهو في يد البائع ، فهو
من المشتري (13) .

وان كان البيع فاسدا فالمصيبة من البائع حتى يفضضه المشتري (14) .

(11) البيع الفاسد هو الذي اختلفت بعض شروطه أو كلها ، ولا ينقل الملك بعقده ، فاذا هلك المبيع قبل قبضه
فضمانه من بائعه ، خلافا للصحيح فانه على ذمة المشتري بنفس العدد ' زروق على الرسالة : 122/2) .

(12) الصلح هو انتفال عن حق أو دعوى بعوض ، لرفع نزاع أو خوف وقوعه (الشرح الصغير : 305/3) .
وهو على ثلاثة اقسام : بيع ، واجارة ، وهبة .

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا او احل حراما » أبو داود
وابن ماجة والترمذي .

(13) ينتقل ضمان المبيع من بائعه إلى المشتري بالعند الصحيح اللازم ولو لم يفضضه من البائع ، فمتى هلك أو
حصل فيه عيب بعد العند فضمانه من مشتريه ، وسواء كان عرضا أو غيره . واستثنى الفقهاء مسائل انظرها في
(الشرح الصغير : 196/3) .

(14) كل مبيع يباع فاسدا من غنار أو غيره لا يدخل في ضمان المشتري الا بالقبض (ن ، م : 198) .

[حدّ التفرقة بين الأم ولدها]

172 - وحد التفرقة بين الأم والولد الإثغار (15) ، ما لم بعجل .

[وضع الجائحة عن المشتري]

173 - والأصل في وضع الجائحة (16) عن المشتري اذا بلغت الثلث أن يكون ذلك

|| 11 - || الثلث ثلث الثمن لا ثلث النمرة ، فقد تختلف اجناس الثمرة وبطونها وأسواقها/وأولها وآخرها . هذا مذهب اشهب .

وابن الفاسم يقول : انما ينظر الى ثلث الثمرة في نفسها كان ذلك اقل من ثلث الثمن أو أكثر (17) .

وكل ما يبس من النمر وأمكن ، فلا جائحة فيه .

وكل من اشترى شيئا فحدث فيه عيب ، بعني مفسدا ، أو اطلع على عيب كان عند البائع ، انه بالخيار: إن شاء رده ورد ما تنصه ، وإن شاء احتبس ورجع بقيمة العيب .

فان أراد ان يحتبس فوجه التثويم ان يقال : ما قيمة هذا العبد (18) صحيحا يوم وقعت

(15) الإثغار هو ان تسقط رواضعه وتنبت أسنانه كلها ولو لم يتكامل نباتها . والمنصود به المعتاد . قال خليل « ما لم يغر معتادا » ويكتفى ببلوغ زمنه المعتاد وهو بعد سبع سنوات .

هذا وإن أصل التفرقة بين الأم ولدها محرمة الى الإثغار ، مراعاة لحق الأم وهو ما اعتمده خليل حيث قال : « ما لم ترض الأم والا جازت ولو لم يحصل زمن الإثغار » .

ودليل حرمة التفرقة قوله صلى الله عليه وسلم « ألا لا توله والدته على ولدها » وقوله صلى الله عليه وسلم ايضا « من فرق بين والدته ولدها فرق الله بينه وبين أحبته ، أو أحبابه . يوم القيامة » وظاهر الحديث انه لا فرق بين المسلمة والكافرة (الفواكه الدواني : 94/2) .

(16) الجائحة هي ما لا يستطيع دفعه من امر مساوي أو جيش (الشرح الصغير: 244/3)

(17) ان ما تقدم من ان محل وضع الجائحة اذا بلغت الثلث فأكثر ، هو فيما اذا ابيحت بغير العطش . واما اذا ابيحت بالعطش فتوضع الجائحة مطلنا قال خليل : « وتوضع من العطش مطلنا وان قل » (ن ، م) .

(18) غير العبد في ذلك كالعبد .

والعيوب التي يرد بها العبد كثيرة منها ما يتعلق بالادب والاخلاق . ومنها ما يتعلق بالابدان . انظرها في (زروق على الرسالة : 115/2) .

الصفته ؟ ثم يقال : ما قيمته بالعيب الذي كان عند البائع يوم الصفقة ؟

فان نئصت الخمس ، رجع بخمس الثمن الذي دفع ، كان الثمن اقل من القيمة أو أكثر .

وان كان الربع ، فالربع على هذا الحساب .

وان كان اراد المشتري ان برد فوجه التفويم ان يقال : ما قيمته صحيحا يوم وقعت الصفقة ؟ ثم يقال : ما قيمته وبه العيب الذي دلس به البائع يوم الصفقة ، ثم يقال : ما قيمته يوم الصفقة بالعيين جميعا : العيب الذي كان عند البائع ، والعيب الذي حدث عند المشتري ، فينظر ما نصه العيب الذي حدث عند المشتري من قيمته صحيحا ، فيرد ذلك السهم (19) من الثمن الذي اشتراه به ، يعني بعد ان يطرح من ثمن ما ينوب العيب الذي دلس به البائع . ولا بد في هذه المسألة من ثلاث قيم : وذلك لان قيمة العيب منفردا ليس كقيمته مع عيب آخر (20) .

[بيع البراءة]

174 - وبيع الوارث وبيع السلطان بيع براءة (21) .

وحكم بيع البراءة ان لا يرد فيه بعيب ، إلا عيبا دلس به صاحبه وعلمه .

واما ما لم يعلم به من العيوب فلا يرد عليه ، ولا عهدة على البائع في بيع البراءة : لا عهدة الثلاث ، ولا عهدة السنة (22) .

(19) بالاصل : الأسهم ، وما اثبتناه اقتضاء السياق .

(20) انظر تفصيل ذلك في (ابن ناجي وزروق على الرسالة : 115/2) .

(21) ان البيع على البراءة من العيوب لا يفيد البائع ولو كان غير عالم بالعيب . ويستثنى من ذلك بيع الوارث للريق وبيع السلطان على المفلس قال خليل « ومنع منه (أي من الرد بالعيب) بيع حاكم ووارث رقينا فقط » (فقه الرسالة : 44/1) .

(22) العهدة في الأصل : لعهد وهو الالتزام . والالتزام .

وشرعا : علق ضمان المبيع بالبائع في زمن معين .

وهي قسمان : عهدة سنة ، وعهدة ثلاثة أيام . وهما خاصتان بالريق بالشرط أو العادة (الشرح الصغير :

=

191/3) .

[بيع المراجعة]

175 - والأصل في بيع المراجعة (23) اذا اطلع المشتري أن البائع كذبه وزاد عليه : مثل أن يقول : اشتريتها بعشرة دنانير ، فاخذها منه باحد عشر دنارا ، ثم يطلع انه انما اشتراها بتسعة دنانير ، إن أراد المشتري ان يردّها كان ذلك له ، إلا أن يرضى البائع أن يأخذ منه رأس ماله على الصحة ، وما ينوبه من الربح فيلزم المشتري تمام البيع .
وان فاتت السلعة قيل للبائع : تحطّ عنه الزيادة وما ينوبها من الربح ، فان فعل لزم المشتري ذلك ،
وان أبى ان يحط ، كان على المشتري القيمة في السلعة ، إلا أن تكون أقل من رأس المال على الصحة ، وما ينوبه من الربح ، فلا ينقص من ذلك البائع شيئا ، او يكون اكثر مما باع ، فلا يزداد على المشتري .

[الرد بالعيب بعد الاستغلال]

176 - وكل من اشترى عبدا أو غيره ، فاغثله ، ثم رده بعيب ، أو اخرجته من يده مستحق أو شفيع ، فان الغلة بالضمان لا برد شيء منها على من صار اليه العبد (24) .
[بيع الجارية على غير مواضعة]

177 - واذا باع منه جارية رفيعة ، ودفعها اليه على غير مواضعة (25) فذلك متصرف على خمسة أوجه :

= قال ابن أبي زيد : وعهدة الثلاث الضمان فيها من البائع من كل شيء . وعهدة السنة من الجنون والجذام والبرص . (الفواكه الدواني : 91/2) .

(23) عرفه ابن عرفة بأنه « بيع مرتب ثمنه على ثمن مبيع تقدمه غير لازم مساواته له » .
فهو بيع بائع شيئا اشتراه بثمن معلوم بثمنه الذي اشتراه به مع زيادة ربح معلوم (الشرح الصغير : 215/3) .
(24) عن عائشة رضي الله عنها « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى ان الخراج بالضمان » الترمذي .
وعنها أيضا « ان رجلا ابتاع غلاما وأقام عنده ما شاء الله ان يقيم فوجد به عيبا فخاصمه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فردّه عليه فقال الرجل : يا رسول الله قد استغل غلامي ، فقال عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان » أبو داود .

(25) اختلف اصحاب مالك في بيع الجارية بشرط ترك المواضعة : فنبيل البيع جائز والشرط باطل ويحكم بينهما بالمواضعة . وقيل البيع فاسد (ابن ناجي على الرسالة : 119/2) .

- فوجه منها : أن يدفعها البائع الى المشتري على الائتمان له ، فيكون المشتري مصدقا في كل ما قال إذا أتى بما يشبهه .

- والوجه الثاني : العمد بتركه المواضعة .

- والوجه الثالث : الجهل بما يجب منها .

وهذان الوجهان حكم المواضعة بينهما قائم ، وإن أعرضا عنه .

فإن أصابت الجارية مصيبة وقد بني من الوقت ما تستبرأ في مثله ، فهي من المشتري .

وإن لم يمض من الوقت ما يمكن أن تستبرأ في مثله فهي من البائع .

وإن كانت قائمة/ صرفت الى المواضعة . [11 - ب]

- والوجه الرابع : أن يبيعها ويتبرأ من حملها ، وهو منر بوطئها ، فالبيع على ذلك فاسد ،

ومصيبة الجارية من البائع الى انقضاء الوقت الذي تستبرأ في مثله ، فمن ذلك الوقت تكون المصيبة من المشتري .

- والوجه الخامس : ان يتبرأ من حملها ووطئها جميعا ، فالبيع أيضا فاسد لعله البراءة من الحمل .

وهذا حكم الجوازي المرتفعات ، انه لا يجوز فيهن البيع على البراءة من الحمل (26) ، إلا ان هذه المتبرأ من حملها ووطئها المصيبة فيها من المشتري من يوم القبض .

أنكر سحنون قوله هذا ، وقال : حكم المواضعة بينهما قائم ، وإن كان البيع فاسدا ، ولا تكون المصيبة من المشتري ، إلا بعد الوقت الذي تستبرأ في مثله .

26) لا تجوز البراءة من الحمل الذي يتوقع ظهوره في الأمة الرفيعة بعد اشترائها إلا إذا كان الحمل ظاهرا وقت العند .

أما الأمة الوحش فيجوز التبري منها ولو لم يكن حملها ظاهرا (الفواكه الدواني : 92/2 ، 93) .

باب أحكام الشفعة (*)

[ما تقع فيه الشفعة]

178 - أصل مذهب مالك بن انس والرواة من أصحابه : أن الشفعة واجبة للشريك (1) فيما باعه شريكه من حقه المشاع ، فان اقتسما فلا شفعة لواحد منهما فيما يبيعه صاحبه من ذلك ، وذلك في الديار والارضين لا في غير ذلك من سائر الاشياء (2) ، حاشى النقص المبني ، فان مالكا رأى فيه الشفعة ، وجعله كالأرض .

قال أشهب : هو كالنقص المطروح بالأرض ، ولا شفعة فيه .

[حق الورثة في الشفعة]

179 - ومن أصولهم في هذا الباب : ان الورثة من أهل الفرائض يأخذون بالشفعة ما باعه العصبة الذين ورثوا معهم بنية المال الفاضل عن فرائضهم .

(*) الشفعة لغة : يسكون الفاء على المشهور . وقيل بالضم ، وهي مأخوذة من الشفع ، ضد الوتر لأن الشفع يضم الحصة التي يأخذها الى حصته فتصير له حصتان .

وشرعا : قال ابن عرفة : « استحقاق شريك اخذ مبيع شريكه بثمنه » (حاشية حجازي : 208/2) .

(1) المقصود به الشريك الشائع . وأما الشريك بأذرع غير متميزة ، فلا شفعة له عند مالك . وجوز أشهب الشفعة لقوله صلى الله عليه وسلم « فإذا صرفت الطرق وحدت الحدود فلا شفعة له » (حاشية حجازي : 209/2) .

وتكون الشفعة للشريك ولو كان كافرا ، اما الجار فلا شفعة له وان كان ملاصقا (الجواهر لابن سنان : 60/2 ب) .

(2) أصل مذهب مالك أنه لا شفعة إلا في الأرض وما اتصل بها من البناء والشجر ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لا شفعة إلا في ربع او حائط ولا ينبغي له ان يبيع حتى يستأمر صاحبه فان شاء اخذ وان شاء تركه » البزار .

ولا يأخذ العصابة بالشفعة ما باعه أهل الفرائض الوارثون معهم .

[شفعة أصحاب السهام]

180 - وأهل كل سهم يتشافعون فيما بينهم دون غيرهم من أهل السهام كالابنتين والأختين في الثلثين والأختين لأم أو الجديتين أو الزوجتين وما أشبه هؤلاء (3) .

[تعدد الشفعاء ومختلفي السهام]

181 - وإذا كان للشخص المبيع شفيعان مختلفا السهام ، فأنما يأخذانه على قدر ما لكل واحد منها لا على السواء (4) .

وإن أسلم أحدهما الشفعة كان للآخر أخذ جميعها ، ولا يكون للمشتري منعه منه ، وإن لم يرد إلا أن يأخذ نصيبه فقط كان للمشتري أن يوقفه على أخذ الجميع أو تركه (5) .

[حد انقطاع الشفعة]

182 - والحد الذي تنقطع إليه شفعة الشفيع السنة (6) .

(3) لا شفعة للوارث من حيث هو وارت لا شريك ، وذلك فيما أوصى به المالك ، لئلا يذهب غرض الوصي (حاشية الأمير : 210/2) .

وكذلك لا شفعة فيما صار للمنفوع عليه بالثبات (قوانين الأحكام : 211) .

(4) قال مالك : « الشفعة بين الشركاء على قدر حصصهم بأخذ كل إنسان منهم بغير نصيبه ، إن كان قليلا فقليلا ، وإن كان كثيرا فبمدره ، وذلك إن تشاحوا فيها » (تنوير الحوالك : 194/2) .

وعلة ذلك إن الشفعة إنما وجبت لشركتهم لا لعددتهم (مسالك الدلالة : 261) .

(5) انظر (تنوير الحوالك : 194/2) .

(6) هذه رواية أشهب ، وبها قال - ويروى عنه أنه بالغ في هذا التحديد فقال : إذا غربت الشمس من أحرابها السنة ولم يبق فلا شيء له .

وقال ابن ميسر : حكم ما فارب السنة حكمها (جواهر ابن ماس : 63/2) .

قال ابن الناسم : وقفت مالكا على السنة فلم ير السنة كثيرا ، وذلك اذا علم الشفيح بشفعته (7) . فاذا لم يعلم فلا تنقطع ابدا .

وان كان الشفيح غائبا ، فهو على حته علم بالشفعة أو لم يعلم (8) .

قال ابن الماجشون : لا ينقطع حق الشفيح الا الطول ، وقد سمعت مالكا يقول : خمسة أعوام ليس بكثير .

قال أصبغ بن الفرغ : السنتان والثلاث قليل ولا أرى أن تنقطع معه الشفعة (9) .

[محاصة المشتري الشفيح في الدار المشتركة]

183 - واذا كان للمشتري حصة في الدار المشتركة من قبل الشراء فله ان يحاص الشفيح بحصته تلك .

[الشفيح وتعدد المشترين]

184 - واذا كان الشفيح رجلا واحدا ، والمشتريان رجلين لم يكن له أن يأخذ حصة احدهما ويدع حصة الآخر (10) .

(7) وهو الذي به النضاء (زروق على الرسالة : 193/2) .

وفي رواية ثالثة عن مالك ان الشفيح على شفعة ابدا ما لم يوقفه السلطان (ابن ناجي : 193/2) .
(8) منله الصغير المهمل والسفيه الذي مات وليه ، واليتيم والبكر ، فلا تنقطع شفعتهم الا بعد عام من قدوم الغائب وبلوغ اليتيم ، وترشيد السفيه ، وانكاح البكر ورثدها ، وهو المشهور وبه العمل (زروق على الرسالة : 194/2) .

هذا بالنسبة للغيبة البعيدة . اما القريبة فصاحبها كالحاضر عند اشهب (ابن ناجي على الرسالة : 194/2) .
وفال مالك في الموطأ : لا تنقطع شفعة الغائب وان طالت غيبته . وليس لذلك عندنا حد تنقطع اليه الشفعة (تنوير الحوالك : 193/2) انظر (حلي المعاصم والبهجة : 107/2) .

(9) أورد ابن شاس الاقوال المختلفة في المدة التي يسقط بها حق الشفعة ثم قال « والأصل في هذا الباب شواهد احوال الشفيح القائمة مقام التسليم وعلى ذلك يخرج ما نقل من الخلاف (جواهر ابن شاس : 63/2) .

(10) لان الصفة وقعت واحدة وكل صفة وقعت كذلك ليس له ان يأخذ بعضها ويترك بعضها فهي واحدة وان اشتراها رجلان (المدونة : 211/4) .

قال أشهب : له ان يأخذ من أحدهما ، ويسلم للآخر (11) . ولا يلزم الشفيع الأخذ بالشفعة اذا قال : قد اخذت ، حتى يعلم الثمن .

[الشفعة في مهر المرأة او خلعتها]

185 - واذا تزوج المرأة أو خالعتها بشخص من دار اخذها الشفيع بنعمة الشخص (12) .

[أخذ الشفيع الثمرة]

186 - ولو اشترى شخصاً من مالك واشترط ثمره ، أخذه الشفيع بثمره (13) .

[لا شفعة في الزرع]

187 - ولو اشترى شخصاً وفيه زرع فاشترط الزرع لم يكن/للشفيع أن يأخذ الزرع [12 - أ] مع الشخص ، ولكن يفرض الثمن على الأرض والزرع فما ناب الأرض أخذه بذلك أو ترك (14) .

والفرق بين الزرع والثمر أن الثمر كالولادة غير مستحدث ، والزرع مستحدث كالبنیان في الأرض .

[الشفعة في العين والبئر]

188 - وانما الشفعة في العين والبئر إذا كانت لها أرض مشاعة .

(11) انظر (قوانين الاحكام : 212) .

(12) يرى المالكية ان كل ما انتقل بعوض فهو في معنى البيع كالمهر وارش الجنايات وغير ذلك (بداية المجتهد : 290/2) .

(13) الشفعة في الثمار هي إحدى مسائل الاستحسان الأربع التي قال فيها مالك : « انه لشيء استحسنته وما علمت ان أحداً قاله قبلي » (الشرح الصغير : 638/3) .

(14) الزرع كقمح وكتان وفول وزرع ليحصد ويرسيم فلا شفعة فيه ، ومثله البفل مما ينتزع من أصله كفجل وجزر وبصل وملوخية (ن ، م) .

[التنازل عن الشفعة قبل استحقاقها]

189 - وإذا أسلم الشفيع الشفعة قبل أن تجب له ، فلا يلزمه ذلك (15) .

[ما تقع فيه الشفعة] (16)

190 - وذكر ابن عبدوس في كتابه عن أشهب وابن نافع أنها قالا : الشفعة في الأرض وفي كل ما انبتت إذا لم بزابلها .

وفي كتابه قال ابن وهب عن مالك : كل ما لا يصلح فيه النسم فلا شفعة فيه (17) .

هذا كلام ينفذ معناه إلى الأرحية والآبار والعيون والشجرة الواحدة وما أشبه ذلك (18) .

(15) انظر (المدونة : 211/4) .

(16) سبق هذا المعنى في الفقرة 168 . ويزيد ابن حارث هنا صورا أخرى في نفس الموضوع .

(17) على هذا تكون علة الشفعة هي ضرر النسمة فلا تجب فيما لا ينقسم وإنما تجب في ما ينقسم (جواهر ابن شاس : 60/2 ب) .

(18) قيل بالشفعة في ذلك دفعا لضرر الشركة (الصاوي على الشرح الصغير : 634/2) .

قال ابن شاس : اختلفت الرواية في اخذ ما لا ينقسم من الرباع والأرحية والآبار والعيون والشجرة الواحدة وشبه ذلك (جواهر ابن شاس : 60/2 ب) .

باب أحكام القسم (*)

[القسمة بالقرعة]

191 - قال محمد : انظر فكل ما جُبرَ الشريكان على قسّمه ، فقسّمته بالقرعة (1) جائزة ،

وما لم يجبرا على قسمه فلا يجوز قسمه بالقرعة ، لأنها تخاطرا ، ولا يجوز الا بالتراضي .

[قسمة المكيل والموزون]

192 - وانظر : فكل ما كان اصله الوزن ، فقسّمه بالتحري (2) جائز .

(*) النسم لغة : قال الجوهري : قاسمه المال وتفاساه واقتساه بينهما بمعنى واحد . والنسّم - بالفتح - قسم المال بين الشركاء : فرقه بينهم وعيّن أنصباهم .

وشرعا : تعيين نصيب كل شريك باختصاص تصرف .

والأصل فيه قوله تعالى : « وإذا حضر النسمة أولو الفربي » النساء : 8 . وقول النبي صلى الله عليه وسلم « أيما دار قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار ادركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام » مالك . وهي على نوعين قسمة رقاب الأموال ، وقسمة منافع الأموال ، وكل نوع ينقسم بدوره الى اقسام انظرها في (بداية المجتهد : 292/2) .

(1) أوضح ابن شاس صفة القرعة في (الجواهر : 64/2 أ) . وتفع قسمة القرعة بعد تعديل المنسوم وتشويحه . ولا يجمع فيها بين حظي مالكين في سهم واحد إلا إذا رضيا بذلك (قوانين الاحكام : 311) .

(2) التحري في الأشياء : طلب ما هو أحرى بالاستعمال في غالب الظن . والتحري : قصد الأولى والأحق (اللسان : حرى) .

وكل ما كان أصله الكيل ، فلا يجوز قسمه بالتحري ، هذا الأصل . هكذا رأى سحنون
ابن سعيد ، فيما حكاه لي لقمان بن يوسف عن جبلة بن حمود عن سحنون .

[القسم بالتحري]

193 - وأما مذهب ابن القاسم ، فإنه لا يميز القسم بالتحري .

وذكر عبد الملك بن حبيب في كتابه عن ابن الماجشون ومطرف : أن كل ما يجوز مثلاً
بمثلين فقسمه بالتحري جائز .

والخضر كلها جائز قسمها بالتحري ما خلا البصل والثوم ، من أجل أنها لا يجوزان إلا
مثلاً بمثل .

[ما لا يقسم بالتحري]

194 - قال عبد الملك بن حبيب : كل ما لا يجوز الا مثلاً بمثل من جميع الاشياء ، فلا
يجوز قسمه بالتحري خلا قسم التمر في رؤوس النخل ، اذا اختلفت حاجة الشريكين
اليه ، واللحم والخبز .

[قسمة الأرضين]

195 - قال محمد : وأصل قولهم في قسمة الأرضين : إنه ان اتفقت في الكرم (3) ،
وتقاربت في المكان جمعت في التسم ،

وان تباعد بعضها من بعض ، واختلفت في الكرم قسمت كل ارض على حدها (4) .

[قسمة العروض]

196 - قال ابن القاسم : يجمع في القسم الخبز ، والديباج ، والحرير ، والنفط ،
والكتان ، والصوف ، والفراء .

(3) يريد : الخصب .

(4) انظر (المدونة : 247/4) .

ولا يجمع الى ذلك البسط . ولا الوسائد .

وذلك اذا كان كل صنف من الأصناف المتندم ذكرها لا يحمل النسب خاصة .

قال عبد الملك بن حبيب : هذا شذوذ من النول . وغلط من الراوي . وحكي عن ابن الماجشون . ومطرف . انهما قالوا : الخبز والحرير صنف . والنطن والكتان صنف . والصوف والمزعر (5) صنف (6) .

وانكر سحنون قول ابن الناسم المتندم . وقال : الصواب ما قال اشهب في هذا الأصل : ان كل ما يسلم منه واحد في اثنين فلا يجمع في النسب . وما لا يجوز ان يسلم منه واحد في اثنين جمع في النسب .

[قسمة الدواب]

197 - قال ابن الناسم : وتنقسم الخيل على حدة . والبغال على حدة . والحمير على حدة (7) .

[قسمة الرقيق]

198 - قال ابن حبيب : وليس كذلك الرقيق . وحكم الرقيق ان ينقسم صغيرها وكبيرها . وفصيحها واعجميها قسما واحدا .

[قسمة سكنى الميت]

199 - واذا تشاح الورثة في دار الميت التي كان يسكنها . قسمت منفردة . ولم تجمع الى غيرها من الدور (8) .

(5) المزعر : هو الذي مسه الزعفران فأصبح له رائحة طيبة .

(6) مخيطة أو غير مخيطة .

وانما جاز الجمع لأنه كالصنف الواحد لأن المقصود منها اللبس . والزينة لا تعتبر شرعا . وسواء احتل كل لنفسه على حدته أم لا (الشرح الصغير : 670/3) .

(7) الا ان يتراضى الشركاء على شيء بينهم بغير سهام (ن . م : 255/4) .

(8) قال ابن حبيب : « إن الرجل الشريف إذا هلك وترك دارا يسكنها وله حرمة لسكانها وترك دورا غيرها . فإن =

[قسمة الأرض ذات الزرع]

12 - ب 1 - 200 - وإذا كانت/ارض بين شريكين فيها زرع ، قسمت الأرض ، وترك الزرع بينهما مشاعا (9) ،

فإن أحبا قسمة الزرع ، وكانت قسمته تستطاع بالتحري ، قُسم على أن يحصد كل واحد منهما ، فإن حصد أحدهما ، وترك الآخر حتى أسبل (10) : انفسخت القسمة ، وكان الذي أسبل بينهما ، وكان على الآخر قيمة ما حصد ، وتكون تلك القيمة بينهما .

[ما يجبر على قسمته وما لا يجبر]

201 - ولا يجبر الشريكان على قسم الجذع ، ولا الثوب ، ولا المصراعين ، ولا الخفين ، ولا الحبل (11) . وقالوا في الغرارتين (12) في المحمل : إنه ينظر ، فإن كان قسمتهما فسادا فلا يجبر الشريك على مناسمة شريكه فيها (13) ،

وان لم يكن فساد ، أجبر على مناسمته .

وكل ما سبيله الكسر والتفصيل (14) ، فانه ينقسم بالجبر من أبي من الشريكين مثل الجبنة ، والخبزة ، وما شاكلها .

كانت في العرى منها ، وتشاح الورثة في تلك الدار . تنقسم بينهم وحدها ان حملت النسم ، ويعمل في غيرها ما ينفع في النسم » (ابن راشد ، الفائق : 23/4 |) .

(9) لا تجوز قسمة الزرع حتى يحصد ، ويدرس ، ويصفى ،

ولا تجوز قسمة الأرض التي فيها زرع ، والشجر التي فيها ثمر حتى يطيب الزرع ، والتمر ، بشرط ان تمنع النسمة في الأصول لا في الزروع ولا في الثمار (قوانين الاحكام : 210) .

لأنه بيع أرض وزرع بأرض وزرع وهو غير جائز (المدونة : 256/4) .

(10) لا يصح ذلك لأن النسمة ها هنا بيع من البيوع (المدونة : 175/14) .

(11) ورد ذلك من أحكام أخرى في (المدونة : 180/14 - 181) .

(12) اختلف في الغرارتين على ثلاثة اقوال : قال ابن وهب : لا تنقسم قياسا على الخرج ، وعكسه لاشهب ، والفول الثالث ما ذكره المصنف (ابن ناجي على الرسالة : 310/2) .

(13) اذا تنازع الشركاء في ما لا ينقسم واصرروا وطلب احدهم البيع ، فانه يجبر الباقيين على موافقته ، إلا أن يكون بيع حصته منفردة لا ينقص من حصته من ثمن الجميع ، كالفنادق والديار الكثيرة وشبهها فلا يجبر من أبي البيع ان يبيع (جواهر ابن شاس : 64/2 ب) .

(14) يعني : ما كان قابلا للنسمة .

[طرء الدين بعد قسمة التركة]

202 - والأصل في الدين يطرأ على الميت بعد اقتسام الورثة : ان القسم يفسخ (15) ، وما نزل فيما اخذه بعض الورثة من نصيبه ، فهو من جميعهم ،

وان اصاب الغرم الطارئ بعض المال بيد بعض الورثة ، وبعض الورثة قد انفق نصيبه ، وهو عدم ، فانه يأخذ جميع ما يجد بيد من كان من الورثة مليا ، ثم يتابع الملىء المأخوذ من يده المال المعسر الذي أتلّف ما اخذه من مال الميت (16) .

[اختلاف الورثة في إخراج الدين]

203 - وان قال بعض الورثة : يخرج ما بنوبنا من هذا الدين ، وقال بعضهم : بل يفسخ القسم ، فالقول قول من دعا الى الفسخ . هذا كلام ابن الناسم .

وقال سحنون : لا تنفسخ النسمة اذا طرأ الدين .

قال ابن عبدوس : ولكن نظر: ما الدين من جميع التركة . فيرجع باسم ذلك الجزء في حصة كل واحد من الورثة (17) .

[ما يفسد وتزول منفعته بالقسم]

204 - ومذهب مالك انه ينقسم بين الشريكين ما كان بينهما ، وان كان انما يصير لكل واحد منهما ما لا ينتفع به .

وأصحاب مالك كلهم على خلافه في هذا الأصل ، حاشى ابن كنانة فانه يوافقه على مذهبه (18) .

(15) هذا قول ابن الناسم الذي ذكر ابن رشد انه المشهور في المذهب ، ولا يكون نفص النسمة بالدين الطارئ اذا امتنع الورثة من اعطاء الدين من عندهم (بداية المجتهد : 234/2) .

(16) من هلك حفظه بامر سهاوي ، فلا يرجع عليه بشيء من الدين ولا يرجع هو على الورثة بما بني بايديهم بعد اداء الدين (بداية المجتهد : 303/2) .

(17) انظر (اللباب لابن راشد : 191) .

(18) عمدة مالك في ذلك قوله تعالى « مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا » النساء : 7 .

[العيب في المقسوم]

205 - وإذا قسم الشريكان دورا وعروضا فاطلع أحدهما في نصيبه على عيب ، فإنه ان اطلع على العيب في جميع نصيبه أو في أكثره ، فإنه يردده ، وتفسخ النسمة (19) :
فإن كان إنما ذلك العيب في الأقل ، لم تفسخ بذلك النسمة ، ورد الذي وجد به العيب فكان بينهما ، ورجع بنصف قيمته على شريكه (20) .

[قسمة مال العبد]

206 - وإذا دعا أحد الشريكين إلى قسمة مال العبد الذي بينهما ، لم يكن ذلك له إلا أن يرضى بذلك صاحبه ، ولذلك قالوا : لا يجوز أن يبيع أحد الشريكين في العبد نصيبه منه ، إلا أن يستتني المشتري حصته من المال فيدخل مدخل البائع منه .

[قسمة الثوب المشترك]

207 - وإذا كان ثوب بين رجلين فدعا أحدهما إلى قسمته ، لم يكن له ذلك ، ولكن إذا دعا إلى بيعه كان من حقه ذلك ، فإذا وقف على ثمن ، فإذا شاء الذي لا يريد البيع أن يأخذه بذلك الثمن أخذه (21) .

(19) إنما تقسم النسمة إذا فات النصيب المعيب ، وتعاد الشركة إلى أصلها ، أما إذا لم يفت النصيب رد الواجد للعيب نصيبه على الشركة ، وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه (بداية المجتهد : 302/2) .
(20) لا يرجع الشريك في هذه الحالة بشيء مما في يد شريكه وإن كان قائما بالعيب .
وفرق عبد العزيز بن الماجشون بين قسمة الفرعة وبين قسمة المراضاة ، فالأولى تفسخ للعيب والثانية لا تفسخ (ن ، م) .
(21) وإذا لم يرغب الذي لا يريد البيع في أخذه بذلك الثمن ، فإنه يباع (المدونة : 257/4) .

باب الاجارات (*)

[أنواع الاجارات]

208 - قال محمد : أصل الكلام في الاجارات على بناء البنيان ، وحفر الآبار . وما أشبه ذلك ، ان ذلك ينقسم على ثلاثة أوجه :

- على المجاعة (1) ،

- والمواجرة ،

- والضمان (2) .

فما كان على وجه الجُعل ، فلا شيء له من جعله الا بالتام والفراغ ، وما انهدم من قبل ذلك ، أو انهار ، أو فسد ، فلا شيء على المصنوع له من ذلك الجعل .

وما كان منه على وجه الاجارة ، فما عمل من شيء فله بحسابه على جملة ما عامله عليه ، ان حال دون التام حائل ،

(*) الاجارة لغة مأخوذة من الاجرة ، وهو العوض وهي الكراء شيء واحد ، لكنهم اطلقوا لفظ الاجارة على عقد منافع الآدمي ، وما ينفل من غير السفن والحيوان ، واطلقوا الكراء على عقد منافع ما لا ينفل كالأرض والدور ، وما ينفل من سفينة وحيوان .

وشرعا : عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض (الشرح الصغير : 5/4 - 6) .

(1) المجاعة : هي نوع من الاجارة ، وهي عند معاوضة ، على عمل آدمي بعوض لا يجب الا بتامه لا ببعضه (ابن ناجي وزروق على الرسالة : 146/2) .

(2) يسمى أيضا حمالة وكفالة . وهو شرعا . التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره ، أو طلبه من عليه لمن هوله أو شغل بما يدل عليه (الشرح الصغير : 429/3) .

[13 -] وما كان/على وجه الضمان ، فان سبيله سبيل الدن ، يؤخذ باتمامه ولكماله في ذمته ، وماله .

ومن أصلهم في الاجارات : أنها لا تجوز إلا إلى أجل معلوم ، وفي عمل شيء بعينه (3) .

[الاجارات كالببيعات]

209 - والاجارات حكمها حكم البليات في تصرف الوجود (4) .

[شروط الجعل]

210 - والجعل أصله : أن يجوز في المجهول فيما قل من الأشياء ، ولا يجوز فيما ذكر ،

ولا يجوز ان يكون الجعل في نفسه مجهولا (5) .

[استئجار الطبيب]

211 - والاستئجار للطبيب ، انما هو على البرء (6) ، الا أن يكون رجلا لا علة به .

فيستأجره على كحل مضمد او دواء مذكور ، فيجوز ذلك .

[ما لا تجوز الاجارة فيه]

212 - كل ما لا يجوز للانسان أن يفعله ، فلا يجوز له أن يؤاجر نفسه على فعله ، فان

فعل ، فلا اجرة له في ذلك .

(3) من شروط الاجارة ان يكون الثمن معينا (ابن ناجي وزروق على الرسالة : 145/2) .

(4) تعتقد الاجارة بما يدل على الرضا ، ولذا تكون بالمعاطاة

وشروط صحة الاجارة أن يكون عاقدها مميزا ، وشروط لزومها التكليف .

ويشترط في الأجر ان يكون معلوما طاهرا منتفعا به مقدورا على تسليمه (حاشية الأمير : 245/2) .

(5) انظر هذه الشروط في (قوانين الاحكام : 203)

(6) اعتر ابن عباد استئجار الطبيب على البرء جعللا ، وقال عبد الوهاب : يجري ذلك عند اصحابنا بجرى الجعل

زروق على الرسالة : 150/2) .

[مراعاة العرف عند الاختلاف]

213 - كل ما تشاح فيه الأجير والمستأجر ، حملوا فيه على سنة الناس وما تعارفوا في ذلك (7) .

[المعاملة على جزء مما لا كراء فيه]

214 - كل ما لا يجوز كراؤه ، فالمعاملة فيه على جزء مما يخرج منه جائزة .

وكل ما يجوز كراؤه ، فلا تجوز معاملته على جزء يخرج منه .

[العارض الذي تنفسخ به الإجارة والكراء]

215 - وكل من استأجر شيئا ما كان فعرض فيه عارض منعه من التادي على ما استأجر به ، فانه تنفسخ الإجارة ، والكراء .

[ضمان الدابة]

216 - واذا عثرت الدابة المستأجرة (8) فكسرت ما عليها ، فلا يلزم رباها ضمان شيء من ذلك ، الا ان يكون غرّه من العثار ، فيضمن (9) .

ولا يكون على رب الحمل أن يأتي بغير ذلك الحمل ، وينفسخ الكراء بينهما .

(7) مثال الاختلاف بينهما : ان يطالب الخياط صاحب الفاش بالخيط فيمتنع من تقديمه ، أو أن يطالب البناء بألة البناء ؛ ففي الصورتين يعمل بالعرف ، فإن لم يكن عرف فإن الخيط يكون على رب النوب ، وألة البناء تكون على رب الجدار .

ومثاله أيضا ان يطالب مستأجر الدابة بسرجهما ولجامهما فيمتنع صاحبها من ذلك فإنه يعمل بالعرف ، فإن لم يكن عرف فعلى رب الدابة أن يحضر للمستأجر ذلك (الشرح الصغير والصاوي : 39/4) .

(8) مثل الفهاء لها : أن تعثر الدابة بدهن أو غيره أو تعثر بأنية ، أو ينقطع الحبل الذي ربط به الشيء وذلك لأنه أجير ، والأجير لا يضمن الا أن يتعدى (الشرح الصغير : 42/4) .

(9) اذا كان يعرف أنه غرر في رباطه أو حرف صاحب الدابة بها حتى زاحمت ، أو كان يعرف ان دابته ربوض (*) ، فانه يضمن ، وان لم يعرف من ذلك شيئا ، فلا يضمن (المدونة : 414/3) .

(*) الدابة الربوض : التي تبرك أثناء المسير (أقرب الموارد : ربوض) .

وأما يلزم المكثري الكراء ، ويقال له : ألا قلت ، فإنه يحمل ، وإن شئت فدعها .

وأغرم الكراء على كل حال إذا أتلّف الحمل بأمر من أمور الله عز وجل ، من غير سبب الدابة ، ولا المكاري ، مثل أن يسيرا وبسلبه اللصوص ، أو ما أشبه ذلك (10) .

[ضمان ما تحمله السفن]

217 - وقد اختلف أصحاب مالك فيما تحمله السفن ، إذا عطبت الأحمال في بعض البحر ، أو عرضها عارض منعها من البلوغ .

فمذهب ابن القاسم ، وأراد برويه عن مالك : أن كراء السفن إنما هو على البلاغ ولا شيء لربها ، إلا أن يبلغ الموضع (11) .

ومذهب ابن نافع : إلى أن حكمها حكم البر ، ما سارت ، فلربها بحساب ذلك (12) .

ومذهب أصبغ إلى أنه ينظر :

فإن كان لم يزل مُلْحِجاً (13) حتى عطب ، لم يدب . - كإنا يمكنه النزول فيه ، عامراً لا يخاف على أحماله فيه ، ولا نفسه شيئاً ، ولا يمكنه منه التمدد إلى الموضع الذي اكترى إليه أمناً ، أو لم يحاذه ، فلا شيء له من الكراء .

وإن كان قد أدرك مثل هذا المكان ، ودخله ثم خرج منه ، أو حاذاه ، أو أمكنه دخوله ، فتركه ، فله من الكراء بحساب ذلك الموضع (14) .

(10) قال مالك : إذا ادعى الأجير السرقة في البز والعروض ، أو ادعى تلف المتاع صدق ، وأما في الطعام والادام ، فالقول قول رب الطعام والادام .

أما ابن وهب فيرى على الأجير الجاهل ضمان ما ضيع (المدونة : 437/3) .

(11) لأن المفرق أمر ساهوي فلا يضمنه صاحب السفينة (ن ، م : 438) .

(12) انظر (ن ، م)

(13) لحيج بالمكان : لزمه ، أقرب الموارد : لحج .

(14) إذا غرقت السفينة بفعل سائح كنشر التلع ومشى في الريح أو الموج فلا ضمان عليه في نفس ولا مال ، وإن غرقت بفعل لا يسوغ في سيرها أو حملها ضمن . وإن تعدد الفعل فالتصاص (الشرح الصغير : 45/4) .

[ضمان ما يحمله الاجراء]

218 - وكذلك ما استحمله الاجراء في المدن على ظهورهم ، أو على دوابهم ، فيعرض لنا يحملونه ما يكسره انه لا شيء لهم من الكراء ، ولا يلزم صاحب الحمل ان يأتي بغيره (15) .

وقال غير ابن القاسم من اصحابه : يلزمه ان يأتي بغير ذلك الحمل اني لأجبر فيحمله ، والكراء له لازم .

[كراء الدار مشاهرة]

219 - وكل من اكرى داره مشاهرة ، فلب الدار ان يخرج متى شاء ، وللمكثري ان يخرج متى شاء (16) .
قال ابن الماجشون مثل ذلك ، الا انه قال : يلزمها الشهر الأول .

[تنظيف المراحض في الدور المكثرة]

220 - واختلفوا في كنس مراحض الدور المكثرة على من يجب ،

فقال ابن القاسم في أمهاته : على ارباب الدور ،
وروى عنه أبو زيد ابن أبي الغمر : إن كنسها على الساكن ، الا ان تكن الدار من دور الفنادق التي يخرج قوم ويدخل قوم ، فيكون الكنس على رب الدار (17) .

قال عبد الملك بن حبيب : يحملون في ذلك على سنة الناس ببلدنا ، وسنتهم ببلدنا أن يكون ذلك على رب الدار .

(15) انظر : (المدونة : 440/3) .

(16) قال ابن رشد : اذا عقد الكراء لمدة معينة معلومة لزم العقد الطرفين جميعا ، ولم يكن للمكثري ان يخرج ولا لصاحب الدار ان يخرج قبل تمام المدة ، الا ان يشترط المكثري ان يخرج متى شاء فيجوز ذلك ما لم يتفد بشرط ولا طوعية لانه كراء بخيار (المقدمات : 445/3) .

(17) انظر (بداية المجتهد : 257/2) .

[انهدام الدار المكترة]

221 - وما حدث في الدار المكترة (18) من وَهْيٍ أو انهدام ، لم يجبر رب الدار على اصلاحه ، وانما يكون ان يفسخ الكراء اذا كان الانهدام في جميع الدار أو اكثرها .

13 - ب / وإن كان في أقلها ، لزمه الكراء ، وحط عنه ما ينوب ذلك المنهدم . هذا مذهب ابن القاسم .

وخالفه غيره من أصحابه ، وقال : يلزمه اقامة ما انهدم ، وتهينة ما رث (19) . وهو ككنس المرحاض ، اذا امتلأ .

[كراء الأرض المأمونة]

222 - والأصل في كراء الأرض المأمونة (20) : انه جائز ، وأن النند فيه جائز .
وان كانت أرض مطرفان اكترها سنة فانما السنة في ذلك انقضاء الزرع ، ان كانت من أرض الزرع ، وإن كانت مما تعمل السنة كلها مثل المباقل وما اشبهها ، فان السنة اثنا عشر شهرا (21) .

[كراء الأرض بالطعام]

223 - ولا يجوز ان تكرى الأرض بشيء من ضروب الطعام ، كان مما يخرج منها أو مما لا يخرج منها ، هذا مذهب ابن القاسم وغيره من أصحابه ، حاشى المغيرة المخزومي ، فانه اختلفت الرواية عنه في ذلك ،

(18) الكراء : « هو عقد على منافع غير آدمي ، أو ما يبان به وينتل » فيدخل (بغير آدمي) كراء الرواحل والدواب (وبما يبان به وينتل) غير الدواب والارضين (ذروق على الرسالة : 148/2) .
واحكامه كلها كالاجارة (قوانين الاحكام : 203) .
(19) في هذه المسألة تفصيل ، انظره في (الشرح الصغير والصاوي : 70/4 - 71) .
(20) الأرض المأمونة هي المتحقق ريبها عادة كمنخفض ارض النيل ، وكالمعينة وهي التي تسمى بالعيون والآبار ، وكالارض المتحقق ريبها بالمطر (الشرح الصغير والصاوي : 61/4) .
(21) يجوز كراء الأرض المأمونة سنين كثيرة كالثلاثين والأربعين ولو اشترط النند لعدم التردد بين السلفية والتمنية (ن ، م) .

ففي رواية سحنون منه : لا بأس بكرائها بطعام لا يخرج منها .
وفي رواية يحيى بن عمر الاندلسي : لا يجوز مثل كلام ابن الناسم متندما (22) .

[كراء الأرض غير المأمونة]

224 - وإذا كانت أرض المطر غير مأمونة لم يجوز أن تكرر بنفد حتى تروى ربًا بليغا ،
ولا بأس أن تكرر من قبل أن تروى بلا نقد (23) .

[غرق الأرض المزروعة]

225 - ولو اكترى أرضا فزرعها فغرقت بعد الزرع ، فإن كان غرقها في حين لو
انكشف عنها قدر أن يزرعها ، فلا كراء عليه .

وان كان قد فات إبان الزراعة ، فالكراء عليه واجب .

[ضمان الجوائح في الأرض المكتراة]

226 - وما أتى على هذه الأرض المكتراة من جميع الجوائح ، فهو من المكثري والكراء له
لازم ، حاشى احتباس المطر ، أن كانت أرض مطر ، فإن المصيبة في ذلك من رب الأرض ،
ولا كراء له ، كان ذلك في إبان الزريعة أو بعد ذلك (24) .

(22) المشهور في المذهب والذي عليه الجمهور من أصحاب مالك : أن الأرض تكون بالعروض والعين وغيرها ،
غير شيتين :

- الطعام سواء كان مما تنبته كالخطة أو مما لا تنبته كالعسل .

- ما تنبته ولو لم يكن طعاما كالنطن والكتان إلا المصب والصندل والخشب .

وقال ابن كنانة : كل شيء أن أعيد فيها نبت لم يجوز أن تكرر به .

وقال سحنون : إذا وقع الكراء بجزء مما يخرج منها عد ذلك جرحه في المكثري .

وبفسخ الكراء الواقع بجزء مما يخرج منها وإن فات كان لرب الأرض كراء مثلها دراهم .

انظر (حاشية الأمير : 248/2 ؛ لباب اللباب : 222 ؛ العند المنظم للحكام لابن سلمون : 285/1) .

(23) إذا اشترط النند لم يجوز وإن لسنة ، للتردد بين السلفية والتمنية . وأما النند تطوعا بعد العند فهو لا بضر

(الشرح الصغير : 61/4) .

وانظر تعليل ذلك في (الصاوي على الشرح المذكور : 61/4) .

(24) انظر تفصيل ذلك في (الشرح الصغير : 68/4 وما بعدها) .

باب القراض (*)

[بماذا يكون القراض]

227 - قال محمد : أصل القراض عند مالك وأصحابه ، انه لا يكون الا بالدنانير والدرهم .

ولا يجوز بنقار الذهب والفضة (1) ، ولا بالفلوس ، ولا بالعروض ولا بدين له عليه ، فان فعل فله أجر فعله في بيع الفلوس (2) والعروض والنقد وما اشبه ذلك (3) ، ويكون فيما بعد ذلك على قراض مثله .

(*) لغة : مأخوذ من الرض وهو القطع ، لأن رب المال قطع العامل قطعة من ماله بتصرف فيها بنطعة من الربح ويسمى مضاربة أيضا .

وشرعا : دفع مالك مالا من ندد مضروب مسلم معلوم لمن يتجر به بجزء معلوم من ربحه فل أو كمر بصيغة دالة على ذلك (الشرح الصغير : 681/3 و 952/4) .

(1) النفار : جمع نفرة وهي قطع الذهب او الفضة التي لا تكون مضروبة . وقد حكى أبو الحسن اللخمي في جواز القراض بها في البلد الذي يتعامل اهله بالمسكوك روايتين ، اما اذا كان التعامل بها بين الناس فيجوز أن تكون راس مال في القراض باتفاق (الجواهر لأبن شاس : 65 أ) .

(2) منع ابن القاسم القراض بالفلوس واجازه أشهب في إحدى الروايتين عنه . واما الدرهم المغشوش فند قال القاضي أبو محمد بمنع القراض بها . واستثنى القاضي أبو الوليد ما كان منها مسكوكا في بلد يتعامل اهله بها مستشهدا على ذلك بأنها صارت عندهم أصول الاثان ، وقيم المتلفات ، وباتفاق اصحاب مالك على تعلق الزكاة بعينها مما يدل على اعطائها حكم العين (ن . م) .

(3) وكذلك لا يجوز أن يفرضه على دنانير بيده وهنا حتى يردّها اليه (ن . م) .

[فساد القراض]

228 - وكل قراض فسد في أصله لزيادة لا تحل ، أو لتحضير لا ينبغي ، فحكم العامل ان يكون اجيرا في المال ، له اجر مثله ، والربح لرب المال ،

١٠ سوى ذلك من انواع المكروه ، والفساد ، فانه يرد فيه الى قراض مثله ، حاشي مسألتين :

الواحدة: إذا دفع اليه مالا ، واشترط عليه ضمانه ، فانه يرد الى قراض مثله ممن لا ضمان عليه .

والأخرى : إذا دفع اليه مالاً يمسه سنة فقط ، فانه يرد الى قراض مثله (4) .

[نفقة العامل في القراض]

229 - وكل عامل في القراض ، فليس له منه نفقة ، الا ان يشخص به في سفر ، فتكون له النفقة ، ذاهبا وراجعا ، وتكون له الكسوة في السفر البعيد (5) .

[واجبات العامل في القراض]

230 - ومن الواجب على العامل في القراض ألا يستأمن على المال احدا ، ولا يودعه ، ولا يشاركه فيه ، ولا يبضع (6) ، ولا يبيع بدين الا باذن رب المال ، فان فعل شيئا من ذلك فهو له ضامن .

(4) قال ابن القاسم وغيره في القراض الفاسد : إنه يرد تارة الى قراض المثل وتارة الى اجر المثل . واختلف في تفصيل ذلك على ثلاثة طرق : احداها ما ذكرها ابن حارث اعلاه (ن ، م) .

(5) قال ابن القاسم : الا ان يقيم اقامة يحتاج فيها الى كسوة (ن ، م : المدونة : 49/4) .

(6) منع مالك المفارض أن يبضع والا فهو ضامن ، وأجاز ذلك ابن القاسم إذا أذن في ذلك رب المال (المدونة : 103/5) وانظر (تنوير الحوالك : 181/2) .

[تصرف العامل الجائر]

231 - وله ان يسافر به (7) ، وان يزرع ، وأن يساقي إذا كان في موضع لا ظلم فيه .

[الاشتراط على العامل]

232 - وانظر : فكل ما عامله عليه بعد الدفع ، أو اشترطه ، أو استزاده مما استدركه : فإن كان قبل أن يُشغله ويحركه ، فإن ذلك لا يحل ، ويكون حكم ذلك حكم ما شترطه في حين الاعطاء ، من اجل ان له ان يقبضه منه ، ويمنع من حركته .

[شراء العامل لنفسه بمال القراض]

233 - وحكم العامل ، اذا اشترى لنفسه شيئاً بمال من القراض ، فإن الربح لرب المال ، والخسارة من العامل (8) .

[القراض الفاسد]

234 - قال محمد : كل قراض فاسد (9) فمتى اطلع عليه ، فحكمه الفسخ ، عمل العامل أو لم يعمل ، كان مما برد فيه الى قراض مثله ، أو الى اجرة مثله ، وهو خلاف المساقاة ، بفسخ ما تعاقداه من المعاملة الفاسدة قبل العمل ،

(7) ورد في المدونة عن مالك : انه له ان يسافر به ويتجر به في اي المواضع شاء اذا دفع اليه رب المال ولم يأمره ان يتجر به في مكان معين الا ان يكون نهاء عن السفر (المدونة : 63/4) .
وقال ابن حبيب : السنة ان لا يسافر العامل برأس المال الا ان يأذن له صاحبه ، فإن سافر به بعد التحجير كان ضامناً له (الجواهر لابن شماس : 65) .
(8) اذا خاطر العامل بالمال في موضع ظلم أو عدو يرى ان ماله قد خاطر به ، فإنه يضمن ، وأما اذا كان في موضع آمن وعدل ، فلا يضمن اذا خسر (المدونة : 63/4) .
(9) انواع القراض الفاسد كثيرة منها اشتراط رب المال بده مع العامل في البيع والشراء والأخذ والعطاء ، أو اشتراطه بمن عليه الخ (انظر : ن ، م : 686/3 وما بعدها) .

فإذا أخذ في العمل : فسخ ما يُردُّ فيه الى اجارة مثله ، ومضى على عمله فيما يُردُّ فيه الى مساقاة مثله .

/وكل ما حكته في هذا الباب من قراض المثل وأجرة المثل اذا كانت المعاملة في ١٤- : القراض في أصلها فاسدة ، وهو مذهب مالك وابن الفاسم .

واما عبد العزيز بن أبي سلمة الماجشون فيقول : انه في جميع ذلك أجير .

وعبد الملك بن عبد العزيز واشهب يفتولان في جميع ذلك : يرد الى قراض المثل .

باب الشركة بالتراضي (*)

[العقد الشركة بالأموال أو بالأعمال]

235 - قال محمد : الأصل في الشركة انها لا تتعقد الا بأحد وجهين :

إما بالأموال (1) . وإما الأعمال (2) .

ولا يجوز أن يقول الرجل لصاحبه : تعال نشترك على أن ما اشتريت أنا فهو بيني وبينك ، وما اشتريت انت فهو بيني وبينك ، أو اعمل أنت في ناحية ، وأنا في أخرى ، فما أصاب كل واحد منا ، فهو بينه وبين صاحبه ،

(*) الشركة لغة : الاختلاط والامتزاج .

وشرعا : ما يحدث بالاختيار بين اثنين فصاعدا من الاختلاط لتحصيل الربح وعبر عنها أيضا بـ (اذن كل واحد من المشاركين لصاحبه في ان يتصرف في ماله أو ببذنه ، له ولصاحبه مع تصرفهما لانفسهما أيضا) (مواهب الجليل : 117/5) .

(1) الشركة بالأموال هي عقد مآلكتي مآلن فأكثر على التجرفيهما معا ، وهي جائزة لقوله عليه السلام فيا يرويه عن ربه « أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خانه خرجت من بينهما » أبو داود والبيهقي .

وهي على نوعين : عنان ومفاوضة . وسباي الكلام عليها .

(2) ولا تجوز الشركة بالأعمال الا اذا اتحدت صنعة الشريكين أو تفاربت .

قال خليل : « وجازت بالعمل اذا اتحد أو تلازم وتساويا فيه أو تفاربا وحصل التعاون » (الفواكه الدواني :

130/2) .

إلا أن يحضرا جميعا في مكان (3) فيشتريا السلع وتنعتد الصفقات عليها ، فيكون ذلك من ضرب شركة العنان (4) .

[شركة العنان]

236 - شركة العنان : الشركة في شيء ظاهر . عن لك الشيء اذا ظهر ، لا من شركة المفاوضة (5) ، حتى يستحكم بأيديهما من ذلك ما يريدانه ، فينقلان حكمهما الى شركة المفاوضة .

[عقد الشركة]

237 - والأصل في عقد الشركة : أنه لا يحل أن يفضل أحدهما صاحبه على مقدار ماله (6) أو عمله .
فإن فعل كان الربح بينهما على مقدار رؤوس الأموال أو على قدر الأعمال ، ورجع من له الفضل في العمل على صاحبه باجرة مثله .

(3) اتحاد المكان في شركة الأبدان اعتبره ابن ابي زيد في رسالته شرطا تبعا للمدونة .
وذهب خليل الى جوازها وان بمكانين تبعا للعتبية . ولبعض الشيوخ توفيق بين الرايين انظره في (ن ، م : 130/2) .

(4) شركة العنان هي أن يشترك الشريكان ويتفقا على ألا يتصرف أحدهما بغير إذن الآخر . وإذا تصرف أحدهما بدون إذن صاحبه كان له رده .

وإذا اتفقا على أن يكون لأحدهما دون الآخر تصرف مطلق ، فقول : إنها شركة عنان في المقيد ، ومفاوضة في المطلق ، وقيل بفساد هذه الشركة وهو الظاهر (أسهل المدارك : 357/2) .

(5) شركة المفاوضة هي التي يطلق فيها كل من الشركاء حرية التصرف للآخر : في البيع والشراء والكراء والاكتراء في الغيبة والحضور (ن ، م) .

وإذا لم تفيد الشركة بالعنان ولا بالمفاوضة بنص صريح بنظر : هل تقوم قرينة دالة على العنان أو المفاوضة فتحكم ، فإن لم تنم قرينة اعتبرت الشركة عنانا (الصاوي على الشرح الصغير : 464/3) .

(6) هذا شرط يشترط في شركة المال ، وهو يفتضي أن يكون الربح بين الشريكين على حسب نصيب كل منهما من المال (أسهل المدارك : 357/2) .

وذلك لأن الربح ثمة المال ، فيجب أن يكون على قدره ، ولا يجوز اختلاف رأس المال مع التساوي في الربح لأن ذلك ينافي مفتضى الشركة (مسالك الدلالة : 243) .

[ما يلزم الشريك من تصرف شريكه]

238 - وكل ما لزم احد الشريكين من احكام المعاملة خاصة ، فيما اشتركا فيه فقط ، لزم صاحبه معه (7) .

[الاشتراك بالآلة]

239 - واذا ارادا ان يشتركا في الأعمال ، وعند احدهما اداة .
فإن كانت الأداة لها خطب ، فلتكن حصة صاحبه بثمن ، ثم يشتركان بعد ذلك (8) .
وان كانت الاداة التافهة التي لا قدرها . فجائز ان يشتركا على ان يلغياها صاحبا .

[المزارعة في الأرض الزهيدة]

240 - وكذلك قال مالك في الأرض الزهيدة اذا اراد صاحبها ان يشارك رجلا في الزريعة : لا بأس ان يلغياها اذا كان لا كراء لها ولا خطب ، ثم يستويان فيما بعد ذلك .

[الشركة بالسلع]

241 - والشركة بالسلع علم القيم حائزة .

[الشركة بالطعام]

242 - وكره مالك الشركة بالطعام (9) . وأجازها ابن الناسم اذا اتفق الطعامان في

(7) السري في هذا اللزوم ان طبيعة عند الشركة تفتضي ان يكون كل شريك وكيلًا عن الآخر في أمور الشركة بحيث « يقتزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيما له وفيما عليه في مال الشركة » (بداية المجتهد : 211/2) .
(8) إذا كانت الآلة لأحد الشريكين وأجر الآخر نصفها ، ففيل ذلك جائز ، والمعتمد ان ذلك غير جائز ابتداء وبصح بعد الوقوع (الفواكه الدواني : 131/2) .

(9) لا تصح الشركة اذا اخرج كل شريك طعاما ، ولو اتفق الطعامان نوعا وصفة وقدرًا ، لأن ذلك يؤدي الى بيع الطعام قبل قبضه ، اذ يكون كل شريك باع نصف طعامه بنصف طعام صاحبه دون ان يحصل قبض لبناء يد كل شريك على ما باع ، فاذا باعه لاجنبي يكون كل واحد بائعا الطعام قبل قبضه حتى ولو حصل خلط الطعامين (الفواكه الدواني : 131/2) .

الجودة ، فان اختلفا لم تجز الشركة حينئذ ، لا على الكيل ولا على القيم.

فإن اشتركا على ذلك ، فإن لكل واحد منهم ما باع به طعامه ، هو رأس ماله ، وعلى مقداره بقتسمان الربح .

[الشركة بالدنانير]

243 - والشركة بالدنانير والعروض جائزة ، وبالدنانير والطعام .

ولا تجوز بالدنانير من أحدهما والدرهم من الآخر ، لأنها شركة وصرف (10) .
فإن فعلا فلهذا رأس ماله من الذهب ، ولهذا رأس ماله من الفضة ، ويكون قسّم الربح
للعشرة من الدنانير دينار ، وللعشرة من الدراهم درهم .

وكذلك الوضعية ، وهذا مذهب ابن الناسم .

وقال غيره من أصحابه : أن عرف ما اشترى كل واحد منهما بماله : كان له ، ولم تكن
بينهما شركة ، ورجع من له الفضل في العمل على صاحبه باجرة ذلك ،

وإن لم يعلم ، كان حكم ذلك حكم الاشتراك بالطعامين المختلفين إذا أخلطاهما يكون
لكل واحد قيمة طعامه .

وكذلك هذا عرف مقدار الدنانير من الدراهم ، ثم تكون الشركة بينهما على ذلك
الحساب ، ومن كان له فضل في العمل رجع به على صاحبه .

[ما لا يلزم الشريك من تصرف شريكه]

244 - وكل ما فعله أحد الشركين في المال من معروف ، فانه في نصيبه خاصة لا يلزم
شريكه منه شيء ، إلا أن يكون من أسباب التجارة ومما يجتر المنافع فيها (11) .

(10) انظر (ن ، م) .

(11) قال في المدونة : « ليس لأحد المتفاوضين أن يعير من مال الشركة إلا أن يوسع له في ذلك شريكه أو يكون =

[الشركة في الحرث]

245 - وأصل القول في الاشتراك في الحرث ، انه اذا كانت الزريعة بينهما نصفين ، وكان ما يخرجها احدهما مثلا لما يخرجها الآخر ومكافئا له ، جازت الشركة (12) .

141 - ب | وقد كان/مالك يقول : لا تجوز الشركة في الحرث ، حتى يكونا شريكين في كل شيء (13) .

والذي لا يجوز البتة في مذهب مالك ، ولا في مذهب احد من اصحابه ، ان تكون الأرض من عند احدهما ، ومن عند الآخر البذر ، لما يدخل في ذلك من كراء الأرض بالطعام (14) .

[المغارسة]

246 - وأصلهم في المغارسة : أن يدفع اليه أرضه يفرسها شجرا معلومة الجنس ، فإذا بلغت كذا وكذا سعفة ان كانت نخلا ، أو الى حد كذا وكذا مما يعرفه أهل المعرفة بالاشجار ، فالأرض والاشجار بينهما نصفين .

فان لم تكن الأرض بينهما ، فلا يجوز .

== شيئا خفيفا ... والعارية من المعروف الذي لا يجوز لأحدهما ان يفعله في مال الشركة الا باذن صاحبه الا ان يكون أراد به استتلاف التجارة .

وان وهب أحدهما أو أعان على المعروف ضمن حصة شريكه ، إلا أن يفعل ذلك للاستتلاف فلا يضمن (مواهب الجليل : 127/5) .

(12) يقول عبد الله بن ابي زيد : « الشركة في الزرع جائزة إذا كانت الزريعة منها جميعا والربح بينهما ، كانت الأرض لأحدهما والعمل على الآخر . أو العمل بينهما واكتريا الأرض ، أو كانت بينهما » (التمر الداني : 473 - 474) .

(13) اذا كانا شريكين في كل شيء ، وكان الربح بينهما على التساوي ، حصل التساوي في الشركة ، ولم يأخذ أحدهما حق صاحبه (مسالك الدلالة : 247) .

(14) روى حنظلة بن قيس انه سأل رافع بن خديج عن كراء الأرض فقال : « نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كراء الأرض » . قال : فقلت بالذهب والفضة . قال : إنما نهي عنها ببعض ما يخرج منها أما بالذهب والفضة فلا بأس « البخاري ومسلم .

باب الشركة الداخلة بغير تراض

[استحقاق الأرض بعد البناء فيها]

247 - قال محمد : أول مسائل هذا الباب : الرجل يبني بوجه شبهة في أرض في يديه ، ثم يأتي من يستحقها (*) ،

فيقال له : ادفع قيمة البناء قائما فيأبى ، ثم يقال للباقي : ادفع قيمة الأرض براحا فيأبى ، فالحكم بينهما ان يكونا شريكين في الأرض ، هذا بقيمة أرضه براحا ، وهذا بقيمة بنيانه قائما (1) .

[استحقاق الثوب أو الغزل]

248 - وكذلك لو كان ثوبا أبيض فصبغه ، أو خاما فقصره (2) ، أو غير مخيط فخاطه ، على ما فسر لك من حكم البناء .

(*) الاستحقاق : عرفه ابن عرفة بما يلي : « رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض » (حدود ابن عرفة : 256) .

(1) عدد ابن جزى المسائل التي يخالف فيها حكم الغصب حكم الاستحقاق ، وذكر منها هاته المسألة قائلا : (ان كان قد بني بها فليس للمستحق هدم البناء بل يقال للمستحق : تعطيه قيمة بنائه قائما لا منقوضا ، فان أبى قيل للآخر : اعطه قيمة أرضه دون البنيان ، فان أبى كانا شريكين . هذا بقيمة أرضه وذاك بقيمة بنيانه (قوانين الاحكام : 363) .

وقال خليل : « وان غرس أو بنى قيل للمالك : اعطه قيمته قائما فان أبى فله دفع قيمة الأرض الا المحبسة فالنقض » .

فلا يكون لمن بنى في الأرض المحبسة إلا حمل أنقاضه ان لم يوجد من يعطيه قيمتها (مواهب الجليل : 300/5 - 301) .

(2) قصر الثوب : دقه وبيضه ، وهو قصّار . والصناعة : القصارة (أقرب الموارد : قصر) .

وكذلك ان كان غزلا فنسجه .

كذلك اذا أفلس (3) ، فقام بائع الثوب (4) فألفاه مصبوغا أو مخيطا أو منصرا ،

فانه يقال له : ادفع قيمة الصبغ وخذ ثوبك ، فان أبى قيل للغرماء ادفعوا اليه ثمن نديه ، فان أبوا كانوا شركاء البائع بقيمة ثوبه ، والغرماء بقيمة صبغهم .

وكذلك إذا دفع الصناع : مثل الحائك أو النصار ، ثوبا الى غير ربه ، فصبغه المدفوع اليه او خاطه ، ثم اتى ربه وابتى ان بضمن الصناع ، يكون الحكم بينه وبين الذي صبغه او خاطه على ما تقدم من التفسير .

هذا الذي ذكرته من أمر الثوب مع الذي صبغه اذا لم يرد تضمين النصار ، هو كلام بعض الرواة .

وأما ابن القاسم وسحنون فانما يقولان : ليس لرب الثوب الا واحد من اثنين : إما أن بضمن النصار ، وإما أن يدفع أجر الصبغ .

قال سحنون : فان ضمن النصار كان الحكم بين النصار وصابغ الثوب على ما فسرنا متشدا من الشركة في جميع هذا الأصل .

[ضمان الصناع الذين لهم وجه شبهة]

249 - وكذلك مسألته في كتاب تضمين الصناع : في الرجل يكون له زق زئبق فينفع فيه رطل زيت لرجل ، حكمه هذا الحكم الذي ذكرت في هذا الأصل .

(3) التفليس قسمه ابن عرفة الى اعم وأخص . وعرف الأول بأنه « قيام ذي دين على مدين ليس له ما بقي به » .

وعرف الثاني بأنه « حكم الحاكم بخلع مال المدين لغرمائه لعجزه عن قضاء ما لزمه » انظر (حلي المعاصم : 311/2) .

(4) يكون بائع النوب للمشتري الذي فُلس أحق بالنوب من بنية الغرماء إذا كان النوب بيده . وكذلك يكون الصناع أحق بما صنع لمن فُلس اذا كان المصنوع بيده بحيث يستوفي أجره منه ، كما يستوفي البائع ثمنه مما باع (البهجة : 314/2) .

هذا اذا وجد البائع النوب كما باعه فان وجد مصبوغا أو مخيطا فالأمر على ما ذكر ابن حارث .

وقد اضطرب في هذه المسألة القول .

فقال ابن القاسم في كتابه : ان اعطاه صاحب الزئبق رطلا من زيت مثل زيتته ، والا اخذ ذلك الرطل من الزئبق .

قال سحنون : يكونان شريكين ، هذا بقيمة زئبقه معيبا ، وهذا بقيمة زيتته غير معيب .
وكذلك اذا قال الصباغ : دفعت الي ثوبك لأصبغه وقد صبغته ، وقال الآخر : سرق مني ، الحكم على ما تقدم ذكره .

وقال بعض الرواة : الصباغ مدع ، وعليه غرم قيمة الثوب 5 .

وهذا الحكم الذي تقدم ذكره ، فيما كان بوجه شبهة .

[الضمان في حالة التندي]

250 - واما ما كان من البنيان والصبغ والنسج والخياطة وما شاكل ذلك على وجه التعدي (6) ، فتحكمه غير حكم ما تقدم من التفسير .

أما البنيان فإن ربه مخير ، إن شاء أمره بخلعه ، وإن شاء أعطاه قيمته منلوعا مطروحا بالأرض .

(5) عند ابن شاس هذه المسألة فرعا ، قال فيه :

« اذا قال رب المتاع للصانع لم اسلمه اليك بل سرق مني ، وقال الصانع : بل استصنعتني فيه . فقال ابن القاسم : يتحالفان ثم ينال لربه : ادفع له قيمة عمله وخذه فان ابى . قيل للعامل : ادفع اليه قيمة متاعه بغير عمل . فان ابيا كانا شريكين : هذا بقيمة عمله وهذا بقيمة متاعه - وقال غيره : العامل مدع ولا يكونان شريكين » (الجواهر : 73 ب) .

(6) التعدي أعم من الغصب ، و يكون في الأموال والنفوس والفروج والأبدان . وكلام ابن حارث يتعلق بالتعدي في الأموال ، وهو يكون على اربعة انواع :

- أخذ الرقبة ويسمى غصبا ،

- أخذ المنفعة دون الرقبة ،

- إتلاف الشيء واستهلاكه ،

- إفساد الشيء وإتلاف منفعته (قوانين الاحكام : 360 ، 361) .

وأما الصبغ : فإن شاء أعطاه قيمة الصبغ ، وإن شاء ضمنه الثوب (3) .
وقال بعض الرواة : له ان يأخذه مصبوغا ، لأن الصبغ مستهلك ، وكذلك يأخذه مخيطا
ان لم يرد تضمينه ، الا ان يكون للخيط قيمة .

[صبغ الثوب المسروق]

251 - وقال ابن القاسم في السارق (8) يسرق الثوب (9) فيصبغه ، وبأبى رب الثوب
ان يدفع اليه الصباغ : فإنه يباع الثوب ،
فإن كان فيه كفاف القيمة أخذه رب الثوب ،
وإن كان فيه زيادة ، كانت الزيادة للسارق ،

وإن كان فيه نقصان فلا شيء على السارق ، إذا لم يكن له مال من يوم السرقة الى يوم
النظر في أمره .

[تغيير ما اشترى معيبا]

252 - قال محمد : وكل رادّ لثوب/اشتراه بعيب وقد صبغه أو خاطه ، فإنما يكون
المشتري شركا بما زاده الصبغ لا بثيمة الصبغ .

والفرق بين المشتري والمستحق من يده : ان المستحق من يده لا ضمان عليه في

(7) اذا غصب شخص ثوبا فصبغه ، فربه بالخيار بين اخذ قيمته يوم الغصب وبين اخذ الثوب ودفع قيمة صبغه
للغاصب (الجواهر لابن شاس : 60 ا) .

(8) عرفت السرقة شرعا في كتاب الشامل بما يلي « اخذ مال أو غيره من حرز خفية لم يؤمن عليه » وراى (بغير
المال) الطفل الصغير ، إذ يقطع سارقه (البهجة : 337/2) .

(9) يترتب عن وقوع السرقة حنان : احدهما لله وهو النطق ، والثاني لصاحب المال المسروق ، وهو غرم ما سرق ،
ويكون الغرم برد المسروق اذا كان قائما واما ان استهلك فيضمن المور قيمته يوم السرقة ، ولا بضمن العديم على
قول وعلى قول آخر يضمن (قوانين الاحكام : 390.389) وفي المسألة تفصيل أورده التسولي في (البهجة :
341/2) .

ومسألة ابن حارث تتعلق بالمسروق الذي تغير بزيادة أو نقصان وهو قائم عند السارق .

نقصان الثوب ، والمشتري ضامن لنقصان الثوب الذي اشتراه ، فانما له حجة فيما زاد لا غير .

[صبغ العامل ثياب القراض]

253 - واذا صبغ العامل من ماله ثياب القراض ، فإن شاء رب المال أعطاه ما صبغ به الثياب ، وإن أبى كان العامل شريكاً بما صبغ به الثياب .

وقال غير ابن القاسم : بقيمة الصبغ .

باب ما يحل ويحرم من النكاح (*)

[الجمع بين المحارم]

254 - قال محمد : أصل القول فيما يحل ويحرم من الجمع بين ذوات المحارم (1) خاصة : أن تجعل إحداها ذكرا والأخرى أنثى ، فإن حل لأحدهما أن يتزوج الأخرى جاز الجمع بينهما ، وإن لم يجز له أن يتزوجها لم يجز أن يجمع بينهما (2) .

ولا بأس أن يجمع بين المرأة وام زوجها ، وبين المرأة وابنة زوجها .

والنما الذي ذكرت متقدما في ذوات المحارم .

(*) النكاح لغة : الجمع والضم .

وشرعا قال ابن عرفة : « عغد على مجرد متعة التلذذ بأدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله ، غير عالم عاقده حرمتها » (شرح الحدود : 152) .

(1) هن المحرمات بالفراقة اللائي ذكرهن تعالى في قوله :

« حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت » النساء : 23 .

قال ابن الحاجب عن المحرمات بالفراقة : هن أصوله ، وفصوله ، وفصول أول أصوله ، وأول فصل من كل أصل ، وإن علا » (ابن ناجي على الرسالة : 38/2) .

(2) عبر الفرافي عن هذا الجمع المنهي عنه بقوله : « كل امرأتين بينهما من النسب أو الرضاع ما يمنع تناكحهما لو قدر إحداها رجل والأخرى أنثى لا يجوز الجمع بينهما في الوطء بعغد ولا ملك » (الفروق : 129/3 - الفرق : 150) .

[التحريم بالرضاع]

255 - وأصل القول في حُرمة الرضاع (3) بين الرجل والمرأة - فيما عسى أن يدق سؤاله
وبكثر تفسيره - أن ينظر :

فإن اجتمع الرجل والمرأة على ثدي امرأة واحدة ، أو على لبن رجل واحد ، وإن كان
الرضاع من امرأتين فقد وجبت الحرمة ، ولزم حكمها ، ولا يبالي كان الرضاع في وقت
واحد ، أو كان بينهما سنون ، بعد أن يكون الرضاع في داخل الحولين قبل الفطام .

هذا جملة القول في باب حُرمة الرضاع .

[التحريم بالمصاهرة]

256 - كل نكاح انعقد بصحة بين الزوجين ، فإن المرأة بذلك العقد خاصة دون
المسيس تحرم على أبي الزوج ، وعلى أجداده ، وعلى ولده ، وولد ولده أبدا (4) .

وتحرم أمها أبدا بذلك العقد .

وأما ابنتها فلا تحرم إلا بالمسيس من الملامسة والمباشرة وما شاكل ذلك (5) حينئذ تحرم
أبدا .

وكل نكاح فاسد اختلف الناس في فساده ، فحكمه حكم الصحيح لما فيه من
الشبهة (6) .

(3) الرضاع لغة : مص اللبن من الثدي .

وتسرعا : مص اللبن من الثدي في مدة معينة .

(4) لقوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء » النساء : 22

ومعناه كما قال ابن العربي : ولا تنكحوا نساء آبائكم (أحكام القرآن : 368/1 ، 369)

(5) لقوله تعالى « وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن » النساء : 23 .

بقول الفقهاء : « العند على البنات يحرم الامهات والدخول بالأمهات يحرم البنات » .

(6) عند ابن جزري لهذه المسألة فرعا في باب الانكحة المحرمة قال فيه : « يعتبر في التحريم بالصهر النكاح الحلال

أو الذي فيه شبهة أو اختلف فيه » (قوانين الاحكام : 231) .

وما كان فسادہ متفقاً علیہ مما يقوم تحریمہ فی القرآن أو السنة أو یقع علیہ الاتفاق من علماء الأمة ، فلا ینعقد من الحرمة بانعتاد النکاح خاصة دون المسیس ما قد ذکرته متقدماً ، فان وقع المسیس فیہ ، وجبت احکام الحرمة علی ما ذكرت (7) .

[التحريم بوطء الإمام]

257 - وكل وطء حلال في الإمام فحكمه في التحريم والحرمة مثل الذي نصصته في حكم النکاح (8) .

[الوطء بشبهة]

258 - وكل وطء شبهة ، مثل وطء الغلط ، والعمد الذي يدراً فیہ عن صاحبه الحد ، ويلحق الولد مما لم ینعقد فیہ ملك ولا نکاح ،

فحكمه في الحرمة مثل الذي ذكرت في النکاح الصحيح متقدماً .

[حرمة الوطء في الاستبراء]

259 - وكل من وجب علیہ ان یستبریء (9) فرجاً من مسیس غیره ، فلا یحل له أن یطأ ذلك الفرج حتی یبرأ الرحم .

(7) أشار خليل الى هذا المعنى بقوله : « وحرم العقد وان فسد ان لم یجمع علیہ والا فوطؤه ان درأ الحد » .
(8) قال ابن جزى : « یحرم من وطء المملوكات بالقرابة ما یحرم نکاحه من الحوائر بالقرابة والرضاعة » (قوانين الاحکام الشرعية : 231) .

وحكى ابن المنذر الاتفاق بين المذاهب على هذا الحكم (مقدمات ابن رشد : 29.28/2) .
قال زروق : إن الملك كالنکاح في التحريم بالصهر لعموم قوله تعالى : « حرمت » وذلك واضح من الشريعة (زروق على الرسالة : 70/2) .

(9) الاستبراء : مدة براءة الرحم لا لدفع عصمة أو طلاق (ابن ناجي على الرسالة : 86/2) .
واسبابه : انتقال ملك الأمة ، أو زوال ملكها ، والزنى ، والغصب ، والتهمة التي تلحق المرأة .
وتستبرأ الحرة بثلاث حیض ، والأمة بحيضة ، والحامل بوضع حملها .

[حالات التحريم المؤبد]

260 - وكل من نكح امرأة وأصابها في عدتها (10) : لم تحل له أبدا (11) .

وكل من لاعن (12) امرأة : لم تحل له أبدا (13) .

ولا يحل نكاح الأمة إذا كانت على غير دين الاسلام ، كانت كتابية أو مجوسية (14) .

ولا يحل وطء الجوسية حتى تسلم ، لا بعند نكاح ولا بملك يمين (15) .

[تحريم أخت الأمة]

261 - ومن كان يثماً أمته بملك اليمين ، فلا يحل له أن يثماً أختها حتى يحرم فرج التي

(10) العدة : لغة الاحضاء .

وشرعا : المدة التي حددها الشارع للمرأة بعد فراق زوجها لتربص بدون زواج حتى تنضي آثار الزواج .
ونكاح المرأة في عدتها منهي عنه لقوله تعالى : « ولا تعزموا عدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله » البقرة : 235 .
وحكى ابن رشد الاجماع على ذلك مبينا أن النهي يشمل العدة على المعتدة ويشمل وطأها (المندمات :
75/2) .

(11) يفرق بينهما ثم تعتد بنية عدتها من الأول وتعتد بعد ذلك من الثاني ، ولا تحل له بعد ، ولها مهرها بما استحل
منها (ن ، م : 75/2) .

(12) اللعان شرعا : حلف زوج على أن زوجته زنت ، أو حلفه على نفي حملها اللازم له ، وحلفها هي على أنه
كاذب ، انظر تعريف اللعان لابن الحاجب (ابن ناجي على الرسالة : 79/2) .

(13) يترتب على اللعان آثار منها الفرقة المؤبدة بين الزوجين . قال ابن عاصم في تحفة الحكام : ثم إذا تم اللعان
افترقا .

وتحصل الفرقة بفسخ النكاح بدون طلاق وبحكم الناضي (الكافي على التحفة : 111) .
قال ابن جزى : « وأما اللعان فتنزع به الفرقة المؤبدة . حل له أبدا وإن كذب نفسه » (قوانين
الاحكام : 231) .

(14) لأن الآية شرطت الاسلام في نكاح الاماء قال تعالى : « ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات
المؤمنات فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات » النساء 25 . وبهذا الشرط يوصد باب استرقاق اولاد المسلمين
للكفار .

(15) لقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » البقرة : 221 .

كان يطاء بأي وجه من وجوه التحريم : كان بيع ، أو بعثق ، أو كتابة أو ما أشبه ذلك (16) .

[إسلام من تحته أكثر من أربع]

262 - وحكم المجوسي إذا أسلم وعنده أكثر من أربع نسوة : أن يختار منهن أربعاً ويفارق سائرهن (17) .

[أنواع النكاح المحرمة]

263 - ومن عقود النكاح المحرمة التي لا تجوز :

- نكاح المحرم (18) .

[15- ب] - / ونكاح الشغار (19) .

- ونكاح الخيار .

(16) في هذا الصدد جاء في المدونة ان « من باع أمة وطئها ثم تزوج اختها فلم يطاها حتى اشترى المبيعة ، لم يطاء الا الزوجة ، والعقد ههنا كالوطء في الملك » (مواهب الجليل : 468/3) .

(17) قال ابن أبي زيد : « اذا اسلم مشرك وعنده أكثر من أربع فليختار أربعاً ويفارق باقيهن » .
ولكن لا يجوز له ان يختار من يمنع ابتداء نكاحها في تشريعنا مثل الأم وسائر المحارم والأختين ، وكان الرسول صلى الله عليه وسلم قد أمر فيروذا الديلمي عندما اسلم ان يختار واحدة من اثنتين كما روى أصحاب السنن (زروق على الرسالة : 48/2) .

(18) نكاح المحرم ممنوع لحمة العباد ، ولهذا لا يجوز النكاح الذي يعقده لنفسه او يعنده لغيره . قال صلى الله عليه وسلم « لا ينكح المحرم ولا ينكح » مسلم .
وينتهي المنع في الحج طواف الافاضة .

واذا وقع هذا العقد فانه يفسخ بطلاق وان ولدت الأولاد على المشهور (زروق على الرسالة : 51/2) .

(19) هو البضع بالبيع بان يزوج الرجل بنته على ان يزوجه الآخر ابنته . قد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن الشغار احد . وقال عليه السلام « لا شغار في الاسلام » مسلم . انظر (شرح حدود ابن عرفة للرصاع : 175) .

- ونكاح السر 20 .
- ونكاح المرأة في عدتها 21 .
- ونكاح المريض 22 .
- ونكاح المرأة بغير ولي 23 .
- ونكاح الأمة بغير إذن سيدها 24 .
- والابنة بغير إذن أبيها 25 .
- ونكاح المرأة بأقل من ثلاثة دراهم 26 .
- ونكاح الخامسة 27 .

-
20. هو المتواصي على كتمان كتمان العقد .
 والمطلوب شرعا اعلان الزواج لحديث عائشة « أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف »
 أحمد والترمذي (أسهل المدارك : 88/2) .
21. لا يجوز نكاح المرأة في عدتها لقوله تعالى : « ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله » . البقرة : 235 .
- ويجوز التعريض في العدة لقوله تعالى : « لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء » البقرة : 235 .
22. المراد بالمرض المخوف الذي يحجر فيه عن المال . وقد علل التتائي منع نكاح المريض بان فيه ادخال وارث وهو منهي عنه ، كما نهي عن اخراج وارث بالطلاق (مسالك الدلالة : 192)
23. نهي عليه الصلاة والسلام عن ذلك بقوله « لا نكاح الا بولي » أحمد وأبو داود .
24. قال عبد الله بن أبي زيد : « ولا نكاح لعبد ولا لأمة الا باذن السيد » (زروق وابن ناجي على الرسالة : 49/2) .
25. قال ابن أبي زيد : « ولا يزوج (الوصي) الصغيرة الا ان يأمره الأب بانكاحها » انظر (زروق وابن ناجي على الرسالة : 33/2) .
26. أقل الصداق ثلاثة دراهم أو ربع دينار من خالص الذهب او ما قيمة احدهما . وهذا مشهور المذهب المالكي (ابن ناجي على الرسالة : 27/2) .
27. قال تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » النساء : 3 .
- وقال صلى الله عليه وسلم لغيلان لما أسلم وتحتة عشر نسوة : « أمسك أربعا وفارق سائرهن » الترمذي وابن ماجه .
- والقول بعدم جواز نكاح الخامسة هو قول الجمهور من الفقهاء (بداية المجتهد : 33/2) .

- ونكاح المرأة على من لا يحل ان يجمع بينها وبينها (28) .
- ونكاح التي تعتد نكاحها امرأة أو صبي أو عبد أو من هو على غير الاسلام (29) .
- والنكاح بالصداق الغرر مثل : العبد الآبق ، والبعير الشارد ، وما شاكل ذلك (30) .
- ونكاح الذي يقول : إن لم آتكم بالصداق الى أجل كذا وكذا فلا نكاح بيني وبينك .

28 تقدم تحريم الجمع في أول هذا الباب .

(29) الولي شرط في العقد حسب المذهب المالكي ، ويشترط فيه ان يكون ذكرا حرا بالغاً مسلماً ، وبالنسبة للشرط الأول يقول عليه الصلاة والسلام : « لا تزوج المرأة المرأة ولا المرأة نفسها فان الزانية هي التي تزوج نفسها » ابن ماجه .

30 رويت عن مالك في هذا النكاح روايتان : إحداهما فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده ، والثانية أنه إن دخل ثبت النكاح ولها صداق المثل . وقال ابو حنيفة : العقد صحيح إذا وقع فيه مهر المثل (بداية المجتهد : 23/2) .

باب ما يفسخ به النكاح بعد انعقاده

[وجود فسخ ما تم من النكاح]

264 - قال محمد : بنفسخ النكاح المنعقد بعد تمامه بوجود كثيرة منها :

[الابلاء]

265 - الابلاء : وهو ان يحلف الزوج ألا بطلا المرأة أكثر من أربعة أشهر ، فإذا حل الابلاء ، وهو أربعة أشهر ، فإن لم يفء الزوج ، والا طلفت عليه كرها (1) ، وتلك الطلقة غير بائن .

فان فاء في عدتها ملك رجعتها (2) .

وان لم يقبُلْ نلا رجعة له (3) .

[العجز عن الوطء]

266 - ومنها ان يوجد الرجل بعد انعقاد نكاحه لا يستطيع أن يمس المرأة .

(1) يكون هذا الطلاق من قبل القاضي دفعا للضرر الحاصل للمرأة بترك الوطء .

(2) قال تعالى : « فان فاؤوا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » البقرة : 226 .

(3) الجمهور على ان الزوجة المولى منها تعتد رغم ثبوت براءة الرحم في المدّة التي انقضت بدون وطء . مراعاة للجانب التعبدى في العدة . ولأنها مطلقة فيجب أن تعتد ، كسائر المطلقات (بداية المجتهد : 84/2) .

وهذه الحال منقسمة في الرجل على ثلاثة أحوال :

- منها العنين .

- ومنها المعترض .

- ومنها المحصور .

فأما العنين ، فهو الذي له ذكر ، إلا أنه لم يصب امرأة قط (4) .

وأما المعترض ، فهو الذي يصيب جواربه وسائر نسائه ولا يصيب المرأة التي نكحها .

وأما المحصور : فهو الذي خلفه الله بلا ذكر ، أو خلفه بذكر كخدر الزر ، أو ما أشبهه .

[العنة والحصر]

267 - فأما العنين ، فإن أقر بذلك ، والمحصور ، فإنها إذا رفعت المرأة أمرها الى السلطان ، طلق عليها وقته ، ولم يضرب لذلك أجلا (5) ، اذا شاءت المرأة ذلك طلقة بائنة لا رجعة فيها .

[أجل المعترض]

268 - وأما المعترض ، فيضرب له اجل سنة ، فان انقضت السنة ولم يمس ، طلقت عليه ،

(4) العنين لغة : الذي لا يشتهي النساء .

وشرعا : هو الذي له ذكر صغير كالزر ، ويطلق ايضا على الذي لا ينتشر ذكره وهو المعترض (حلل المعاصم : 296/1) .

والملاحظ أن تعاريف المؤلف في هذا وما بعد تخالف التعاريف المتعارفة .

(5) ذلك لأن العنة والحصر من الادواء التي لا يرجى ان تزول ، فلا فائدة في ضرب الأجل للزوج في هذه الحالة ، قال ابن عاصم :

وداء فرج الزوج بالقضاء كالجب والعنة والحصر
وذاك لا يرجى له زوال فليس بالحكم به امهال

بذلك اذا لم يكن أصاب المرأة بعد النكاح البتة ، فإن أصابها مرة واحدة فهي بليّة ابتلاها الله به ، ولا خيار لها عليه (6) .

[عيوب الزوجة]

269 - ومنها ان يوجد بالمرأة عيب من العيوب التي يرد بها النساء ، وهي أربعة :

- الجنون .

- والجذام .

- والبرص (7)

- والعيب في الفرج (8)

فيردها الزوج .

(6) لا يرد الزوج بالاعتراض الحادث بعد ان دخل بزوجه ووطنها ولو مرة . قال ابن عاصم مستثيا مما يرد به الزوج :

الا اعتراضا كان بعد ما دخل والوطء منه فبئس مرة حصل

(مواهب الجليل للسيانوي : 1 34) .

(7) ذكر التسوي ان امرأة انصاب بهذه العيوب (الجنون والجذام والبرص) ، تؤجل سنة لمعالجة نفسها ، اذا لم يعلم الزوج ان ذلك بها حين العند بل علم بعده قبل البناء او بعده (البهجة في شرح التحفة : 1/296) .

(8) عيوب المرأة في الفرج هي التالية :

- الفرن : شيء يبرز في الفرج كفرن الشاه ،

- الرقيق : انسداد المحل اما باللحم أو العظم ،

- البخر : هو تنن الفرج ،

- العفل : لحم يبرز في فرج المرأة يشبه أدرة الرجل ، وقيل رغبة تحدث عند الجماع ،

- الافضاء اختلاط مسلك الذكر بمسلك البول ، و أخرى اختلاط مسلك البول ، والغائط

(الفواكه الدواني : 2/40) .

ويؤجل الحاكم بسبب هذه العيوب حسب اجتهاده .

[عيوب الزوج]

270 - ومنها ان يبطل الزوج بعد نكاحه بجنون ، أو جذام ، أو برص ، فيفرق بينه وبينها للضرر الداخلى على المرأة (9) .

[ردة الزوج]

271 - ومنها ان يرتد (10) الزوج عن الاسلام ، فتطلق عليه طلقة بائن (11) .

وروى علي بن زياد عن مالك : أنها طلقة غير بائن ، وأنه إن رجع (12) الى الاسلام في العدة (13) فهو أحق بها .

وأخبرني لفهان بن يوسف عن يحيى بن عمر عن أبي إسحاق البرقي عن أشهب : أن ذلك إنما يكون فسخا بغير طلاق .

[فقدان الزوج]

272 - ومنها ان يفقد الرجل عن امرأته ، فيضرب له أجل المفقود (14) .

فإن أتى ، وإلا اعتدت امرأته وتزوجت .

(9) يكون الفراق بسبب هذه العيوب بعد تأجيل سنة ، ولا يكون هذا التأجيل بالنسبة للجنون الا اذا كان يرجى برؤه (مواهب الجليل للسيناوي : 34/1) .

والملاحظ ان هذه العيوب مشتركة بين المرأة والرجل .

(10) الردة خروج عن دين الاسلام .

(11) هذا مذهب المدونة وقال سحنون : يكون هذا الطلاق رجعيا . وقيل : انه فسخ بدون طلاق (زروق على الرسالة : 46/2) .

وانظر التعريف الشرعي للطلاق والفرق بين الرجعي والبائن في هامش الفقرة : 309 باب الطلاق .

(12) في الأصل : راجع .

(13) العدة : مدة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه (ابن ناجي على الرسالة : 86/2) . وانظر الفقرة : 260 الهامش 10 أعلاه .

(14) أجل المفقود في أرض الاسلام أربع سنين للحر وستان للعبد .

[الإعسار بالنفقة]

273 - ومنها ألا يفدر الزوج على الانفاق (15) ، فيطلق عليه السلطان (16) طلفة غير بائن ، فان أسبر في العدة ، فهو احق بها (17) .

[الإعسار بالصداق]

274 - ومنها ألا يفدر على الصداق قبل الدخول ، فيطلق عليه السلطان (18) .

[لعان الزوج زوجته]

275 - ومنها أن ينفذ (19) الزوج امرأته بالزنى ، فيلاعنها فيفسخ النكاح ، ولا تحل له من بعد أبدا (20) .

[ملك أحد الزوجين الآخر]

276 - ومنها ان يملك أحد الزوجين صاحبه ، أو يملك منه شئفا فيفسخ النكاح (21) .

(15) الانفاق لغة : دفع النفقة .

والنفقة عرفها ابن عرفة بقوله : « ما به قيام معتاد حال آدمي دون سرف » حدود ابن عرفة .

(16) أوضح ابن الحاجب ان الماضي يطلق على الزوج المعسر بالنفقة .

- إذا كان العجز عن النفقة الحاضرة لا عن نفقة مدة ماضية .

- وإذا لم تكن الزوجة قد عرفت عجزه ورضيت به قبل العتد .

وذكر أن القاضي يتلوم له مدة ترجع الى اجتهاده ، فان غامد عجزه طلفها عليه (التاج والاكلیل : 195/4) .

انظر (فروق الفرائي ، الفرق : 158 ، 145/3 - 146) .

(17) للزوج ان يراجعها ان أسبر ما دامت في العدة لأن الطلاق رجعي . وكذلك له ان يراجعها في العدة اذا رضيت بعسره (التاج والأكلیل : 200/4) .

(18) للمرأة الخيار في الفرقة اذا عجز زوجها عن دفع الصداق ، وضرب له أجل يرجي لمنله ، فاستمر عجزه ، وإذا اختارت الفرقة لها ان تتبعه بنصف الصداق الواجب لها (مواهب الجليل : 505/3 ، 506) .

(19) النذف في الأصل : الرمي . شرعا : رمي مكلف حرا مسلما بنفي نسب عن أب أو جد ، أو بزنا (الشرح الصغير : 461/4) .

(20) ذكر ابن حارث حكمين مما يتعلق باللعان ونفي حكماء آخران هما : نوط الحد ، ونفي النسب .

(21) اذا تملك احد الزوجين الآخر ففسخ النكاح بلا طلاق قبل الدخول وبعده ، لأن النكاح والملك لا يجتمعان معا اذا باجتماعهما تتنافى الحقوق (أسهل المدارك : 91/2) .

[الاختلاف في الصداق]

277 - ومنها ان يختلفا بعد انعقاد النكاح في الصداق ، فيتحالفان ويتفاسخان النكاح (22) .

[تزوج الأمة]

278 - ومنها ان يتزوج الرجل امة ، وعنده حرة ، فيجب للحره الخيار في المقام أو الفراق ، فتختار فراقه فتكون طليقة بائن (23) .

[عتق الأمة تحت العبد]

279 - ومنها أن تعتق الأمة تحت زوجها العبد ، فتختار نفسها ، فتطلق طليقة بائن (24) .

[الخلاف وبعث الحكمين]

[16-أ] 280 - ومنها ان يتفاهم أمر الزوجين ، / فيبعث السلطان الحكمين (25) ،

(22) بالأصل : (فيتحالفان ويتفاسخان) يتعلق ما ذكره باختلاف الزوجين في مقدار الصداق قبل الدخول . وقد قال مالك في ذلك : إن أتى الزوج بما يشبه والمرأة بما يشبه ، فانهما يتحالفان ويتفاسخان ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر ، كان القول قول الحالف ، وإن نكلا معا كانا بمنزلة ما إذا حلفا معا . وأما إن أتى أحدهما بما يشبه فإن القول قوله (بداية المجتهد : 24/2) .

(23) قال مالك في المدونة : « لا تنكح الأمة على الحره » ، فإن فعل ذلك جاز النكاح ، وكانت الحره بالخيار إن أحببت أن تقيم معه أقامت وإن أحببت أن تختار نفسها اختارت ، فإن أقامت معه كان القسم من نفسها بينهما بالسواء » (اسهل المدارك : 92/2) .

(24) قال مالك : وللأمة إذا أعتقت أن تختار نفسها بالبتات . وبتات الأمة يكون بطلقتين . قال ابن عاصم :

وزوجة العبد إذا ما عتقت واختارت الفراق منه طلقت

(مواهب الجليل للسيانوي : 39،38/1 ؛ بداية المجتهد : 44/2) .

(25) يقول تعالى في بعث الحكمين « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدوا أصلاحا يوفق الله بينهما » النساء : 35 .

ومعنى « خفتم شقاق بينهما » علمتم ذلك وخفتم تزايد (مقدمات ابن رشد : 104/2)

فيطلقانها عليه طلقة (26) فتكون بائنا .

[اختيار الزوجة الفراق]

281 - ومنها ان يكون للمرأة في صداقها شروط معقودة بيمين طلاق أو تخير ، فيحدث بينهما ما يوجب حنثه أو تخييرها ، فتختار فراقه .

[الحنث في يمين الطلاق]

282 - ومنها ما يدخل على الزوج في الحنث من يمينه بالطلاق .

[أنواع أخرى من الطلاق]

283 - ومنها طلاق السنة (27)، ومنها الخلع ، والمباراة (28) ، والمفاداة (29) .

(26) جاء في المدونة ان الحكمين ينظران في أمر الزوجين ويجتهدان في الاصلاح بينهما . فإن استطاعا الصلح أصلحا بينهما ، والا فرقا بينهما (المدونة : 50,49/5) .

وقد ذهب مالك وأصحابه الى ان الحكمين لهما ان يفرقا بين الزوجين اذا اتفقا على ذلك من غير توكيل الزوجين ولا اذن منهما . وحجتهم في ذلك ما روي عن علي بن أبي طالب أنه قال في الحكمين : « اليهما التفرقة بين الزوجين والجمع » (بداية المجتهد : 80/2) .

(27) هو الذي اذنت السنة في فعله . ويقابله الطلاق البدعي .

وشروط الطلاق السني :

- أن تكون الطلقة واحدة ،

- وأن تكون في طهر ،

- وأن لا يكون قد وطئها في هذا الطهر ،

- وأن لا يردفها بطلقة أخرى ،

وإذا فقدت بعض هذه الشروط كان الطلاق بدعيا (مواهب الجليل للسيباني : 77/1) .

قال ابن أبي زيد « طلاق السنة مباح وهو : ان يطلقها في طهر لم يقربها فيه طلقة ثم لا يتبعها طلاقا حتى تنقضي العدة » (زروق على الرسالة : 55/2) انظر الفقرة 309 .

(28) الخلع والمباراة يؤولان الى معنى بذل المرأة العرض على طلاقها ، لكن الخلع يختص بينها له جميع ما اعطاها ، والمباراة باسقاطها عنه حقا لها عليه .

وقد ثبتت مشروعية الخلع بقوله تعالى « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » البقرة : 229 .

ويقول عليه الصلاة والسلام لامرأة ثابت بن قيس : « اتريدين عليه حديقته ؟ قالت : نعم . قال الرسول صلى الله عليه وسلم : أقبل الحديقة وطلقها طلقة واحدة » البخاري .

.....
= (بداية المجتهد 55,54/2) .

(29) الافتداء : مثل المباراة والمخلع فهي ترجع الى أصل واحد هو كونها طلاقا بعوض .
قال الله تعالى : « فإن خفتن أن لا ينفي حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله »
البقرة : 229 .

والرجل يملك العوض ملكا تاما دون ان يفتدر الى حوز على المشهور (زروق على الرسالة : 81/2 - 82) .

باب احكام النكاح (*)

[فسخ النكاح الفاسد]

284 - قال محمد : كل نكاح انعقد حراما لا شبهة فيه ولا اختلاف مما يفهم تحريمه في الكتاب او السنة ، ويتفق عليه علماء الأمة ، فلا يلحق فيه طلاق ، ولا يكون بينهما فيه ميراث ، ويكون الفسخ فيه اذا فسخ فسخا بلا طلاق .

وكل نكاح كان فيه اختلاف ، ودخلت في تحريمه الشبهة ، فالطلاق فيه يلحق ، ويسقط بطلاق .

ومن مات من الزوجين قبل الفسخ ورثه الآخر الباقي .

[استحقاق نصف الصداق]

285 - وقال محمد : كل نكاح يفسخ قبل الدخول بالرضى من المرأة أو الكره ، فلا شيء للمرأة من نصف الصداق (1) الا التي يفسخ نكاحها من اجل عدم الصداق (2) .

(*) انظر تعريف النكاح أول باب ما يحل ويحرم من النكاح .

(1) الصداق ويسمى أيضا المهر : وهو ما يعطى للزوجة في منابذة الاستمتاع بها ، ويشترط فيه ما يشترط في النمن ، وقد يطلق الصداق على الكتاب الذي تقع فيه شهادة النكاح ويكون هذا الاطلاق من قبيل المجاز .

(2) في هذه الحالة تتبع المرأة زوجها بنصف الصداق اذا ايسر لانه تقرر في ذمته بالعقد (مواهب الجليل للسيناوي : 42) .

[طلاق زوجة المفقود]

286 - والمفقود (3) عنها زوجها تطلق عليه (4) .

[الزواج في العدة]

287 - قال محمد : كل نكاح فسخ بعد الدخول بالاضطرار من غير ان يختاره مختار ، فلا يجوز لزوجها أن يتزوجها في عدتها (5) .

[إلحاق النسب في وطء دُرِّيٍّ فيه الحد]

288 - وانظر فحينها دُرِّيَّ الحد عن الواطئ . فالنسب يلحق إن حدث من ذلك الوطء ولد .

وحيثما وجب الحد لم يلحق نسب ، ان حدث من ذلك الوطء الذي حد فيه ولد (6) .

[وجوب العدة]

289 - وكل موضع وجب فيه الصداق اجمع وجبت العدة .

وحيث سقط وجوبه أجمع ، أو لم يجب الا نصفه ، فلا عدة فيه .

(3) المفقود لغة : المعدم بعد الوجود .

وسرعاً : قال ابن عرفة « من انقطع خبره ممكن الكشف عنه » فخرج بذلك الأسير (زروق على الرسالة : 66/2) .

(4) تطلق زوجة المفقود ببلاد الاسلام بعد تأجيل أربع سنين للحر وسنتين للعبد كما تقدم ، ولها النفقة من ماله على المشهور ، فان لم يكن له مال أخذ حكم المعسر الحاضر - وهو فراقها إن لم تتنازل عن النفقة - ولو لم يحصل الدخول بها (مواهب الجليل السيناوي : 129 ، 130) .

(5) وعكس ذلك صحيح وهو ما صرح به ابن جزى حيث قال : « وكل نكاح فسخ اختياراً من احد الزوجين حيث لهما الخيار جاز أن يتزوجها في عدتها منه » (اسهل المدارك : 82/2) .

(6) عبر ابن جزى عن هذا المعنى بقوله : « كل نكاح يدرأ فيه الحد فالولد لاحق بالواطئ » . وحيث وجب الحد لا يلحق النسب « (ن . م : 82/2) .

[النكاح بعقد الغير]

290 - والذين يجوز عليهم النكاح ، ويلزمهم بعقد غيرهم ، وإن سخطوا :

- الطفل الصغير ،

- والبكر نزوجها أبوها (7) ،

- والعبد ، والأمة ، نزوجهما سيدهما ،

- والصبي اليتيم نزوج به وصيه .

[نكاح العبد بغير إذن سيده]

291 - وإذا تزوج العبد بغير إذن سيده ، كان النكاح بيد سيده ، فإن نساء أجازته وإن نساء فسخه بواحدة أو اثنتين ،

[نكاح الأمة بغير إذن سيدها]

292 - والأمة إذا تزوجت بغير إذن سيدها لم يحز ، وإن أجازته السيد ، لأن العبد يعقد نكاح نفسه ، والأمة لا تعقد نكاح نفسها .

[عقد الأخ نكاح أخته البكر]

293 - وكذلك قالوا في الابن ، يعقد نكاح أخته البكر بغير أمر أبيها : أنه لا يجوز ، وإن أجازته الأب .

إلا أن يكون الابن القائم بأمر أبيه ، فيجوز ذلك ، إن أجازته الأب (8) .

(7) للأب أن يزوج ابنته البكر وأن يجبرها على ذلك ، ولا يحتاج إلى إذنها سواء أكانت بالغاً أم لا ، وهذا هو الحكم المتفق عليه في المذهب بالنسبة لغير البالغ ، أما التي بلغت ، فهذا حكمها على المشهور إذا مال اللخمي وابن الهندي والسيوري إلى عدم جبرها لحديث « البكر يستأذنها أبوها » مسلم (ابن ناجي على الرسالة : 28/2) .
والنيب لا تزوج إلا برضاها قال ابن أبي زيد « ولا يزوج النيب أب ولا غيره إلا برضاها وتأذن بالقول » .
(8) أما النيب إذا زوجها أخوها برضاها وانكر الأب ذلك فليس له قول لأنها قد ملكت امرها (المدونة : 143/2) .

[قبض الولي الصداق]

294 - وإذا وكلت المرأة وليها على عقد نكاحها ؛ لم يجب له بذلك قبض صداقها ، إلا أن توكله على قبضه ، وليس ذلك مثل البيع .

وان دفعه اليه الزوج ضمنه للـ (9) .

[لزوم يمين الطلاق]

295 - وكل من لزمه يمين طلاق في زوجته ، في عقد نكاحها ، أو في غير عقد نكاحها ، لزمه ذلك ، وان طلقها ثم تزوجها ثانية ، وكذلك الثالثة ما بني من طلاق ذلك الملك شيء .

وان شرط الزوج أنه براء من تلك الشروط ، أو من تلك الايمان ، فلا ينفعه ذلك ، وهي لازمة له (10) .

[النكاح الفاسد بسبب الصداق]

296 - وكل نكاح فسد عقده من قبل الصداق مثل الغرر ، أو ما أشبهه مما لا ينبغي العقد عليه ، أو بالخمر ، أو بالخنزير ، أو ما شاكل ذلك ، فإنه يفسخ قبل الدخول ، ويثبت من بعد الدخول ، ويكون لها صداق المثل (11) .

[رجوع الزوج بقيمة الصداق أو بمثله]

161 - ب 1 - 297 - وإذا وجدت المرأة بصداقها عيباً ، أو استحق من يدها ، فإنها ترجع بنيمته/أو

(9) لأنه كان متعدياً حين قبضه ولم يدفعه إليها حين قبضه ، فيبرأ منه بمنزلة مال كان لها على رجل فقبضه بغير أمرها فلا يبرأ الغريم ، والأب ضامن للمرأة أن تتبع الغريم (ن ، م) .

(10) تكون لازمة له لأنها حق الله تعالى ، فهي باقية بذمته ولو بعد ارجاع زوجته المطلقة ، فالناعدة ان الرجعة بعد الطلاق لا تسقط ما لزم من أيمان .

(11) قال ابن أبي زيد القيرواني : « وما فسد من النكاح لصداقه ، فسخ قبل البناء ، فإن دخل بها مضى ، وكان فيه صداق المثل » (اسهل المدارك : 81/2)

بالمثل ، إن كان مما يوجد فيه المثل ، ولا ترجع بصداق مثلها .

وجائز أن يتزوجها على شوار بيت ، لان الشوار عند الناس معروف .

وجائز ان يتزوجها على عبد غير موصوف ، ويكون لها عبد وسط .

[رجوع الزوجة بما حطته من الصداق]

298 - وإذا اشترطت المرأة على زوجها شروطا ، ووضعت له من الصداق لما شرط لها ، فلم يف لها بالشروط ، فللمرأة الرجوع بما وضعت ان كان انما وضعت ذلك بعد العند .

وان كان انما وضعت ذلك في نفس العند ، فلا رجوع لها به .

وروى ابن نافع عن مالك : أنه إن كان سمي لها صداق المثل ، ثم حطته منه في العند المشروط ، فلها أن ترجع عليه ، إن لم يف بذلك .

وإن كان سمي لها أكثر من صداق المثل وحطت الزيادة ، فلا شيء لها مما حطت إن لم يف بما شرط (12) .

[اشتراط الزوجة الا يتزوج عليها]

299 - وفي كتاب الطلاق من سماع ابن نافع عن مالك : لا يجوز ان تعطي المرأة زوجها مالا على الا يتزوج عليها ، ويؤد ذلك (13) .

(12) كره مالك الشروط وقال : لا أرى لاحد ان يكتب شهادته في كتاب فيه شروط (حلي المعاصم : 274/1)
(13) في رواية سحنون عن ابن القاسم انه ان شرطت عليه ان لا يتزوج عليها ، فان تزوج فهي طالق ثلاثا . فانه ان فعل وقع الطلاق ولم يرجع في المال ، لانها اشترت طلاقها بما وضعت عنه
وهناك تفصيل في الشروط المصاحبة لعقد النكاح ، منها ما يفسد بها العند وهي كثيرة ، وليس لها حد كما قال ابن القاسم . ومنها ما لا يفسد بها العند وانما ترد تلك الشروط مثل اشتراطها عدم انتقالها معه الى بلد غير بلدها . وقد حكم عمر بن الخطاب بصحة العند وبطلان الشرط فائلا : المرأة مع زوجها (المدونة : 160/2) .

[الدخول لا يعجل الصداق]

300 - ومن قولهم : ان الدخول يبرئ الزوج من الصداق المعجل (14) .

[رجوع المطلق على زوجته]

301 - ومن أصولهم المعروفة : أن كل ما اشترته المرأة بصداقها من جهاز وعطر ، وما كانت تجبر على شرائه لو لم ترد شراءه : أنه إن طلقها قبل البناء فانما يرجع عليها بنصف ذلك الذي اشترت (15) ولا تتكلف المرأة بيعه .

وإن أرادت المرأة إمساكه ، وأن تعطيه نصف ما أخذت منه عينا ، وأبى الزوج إلا أخذ نصف ما اشترت ، فذلك من حق الزوج ،

وإن كانت إنما اشترت دارا ، أو عبدا أو ما أشبه ذلك ، رجع عليها في نصف ما أعطاه من الدنانير والدرهم .

وإذا حمل الأب عن الزوج نصف الصداق لابنته في عند نكاحها ، فذلك جائز ، وهو دين للابنة على أبيها في ماله ، وإن مات أخذته من ماله (16) .

و إن غرمه الأب لم يرجع به على الزوج ، لأنه إنما حمله الصداق عنه من باب الصلة .

(14) للزوجة ان تمتنع من الدخول حتى يدفع لها زوجها صداقها المعجل او الكاليء الذي حل اجله ، فان مكنته من الدخول والوطه فليس لها ان تمتنع بعد ذلك من الوطه ، ولا تطلق عليه ولو أعسر بالصداق ، بخلاف ما كان لها الامتناع منه حتى يؤديه قبل الدخول والوطه فانها تطلق عليه بهسره به (البهجة : 275/1)

(15) قال تعالى : « وإن طلفتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » البقرة : 237 .

وقد تقرر في مشهور المذهب المالكي : ان جميع الصداق لا يتقرر بالعند لان الصداق شرط في اباحة النكاح فيتعين ثبوته عند ثبوت المشروط وهو الدخول وانه لم يرد به المعارضة كالثمن . ولذا جاز العند على المجهول ، بخلاف الاثنان في البيوع فانها تقرر بالعقد (الفروق : 141/3 ، 142 - الفرق : 155)

(16) فان لم يكن له مال ولم تقبض شيئا من صداقها فلا شيء على الزوج بعد الدخول . فإن لم يدخل ومات الاب ولم يدع مالا فلا سبيل للزوج الى الدخول حتى يهرها (المدونة : 172/2)

[نكاح المريض]

302 - وما عند الرجل من النكاح على نفسه في مرضه ، لم يحجز ،

ولم يكن بينهما إن مات من مرضه ميراث .

وكان لها صداقها من الثلث ان دخل بها (17) .

[حقوق زوج الأمة وواجباته]

303 - وإذا تزوج الرجل أمة لم يكن لهم أن يفردوها معه في بيت .

ولا له أن يضرَّ بهم في خدمتهم .

ولا لهم أن يضرَّوا به فيما يحتاج اليه منها .

وعلى الزوج نفقتها حيث كانت

[استحقاق الزوجة النفقة]

304 - والحد الذي يلزم فيه الزوج النفقة على امراته (18) ، من الحين الذي يُدعى الى

الدخول فيأبى (19) ، وان كانت مريضة او مريضا .

(17) يمنع المرض المخوف من الزواج وهو المرض الذي يتوقع منه الموت عادة ، وان احتاج المريض منها الى الزواج للاتفاق او غيره او اذن الوارث للمريض منها في التزويج . وقيل : ان احتاج المريض او اذن له الوارث جاز . وعلة المنع ان فيه ادخال وارث . فان وقع فسخ قبل الدخول وبعده ما لم يصح المريض .

وللمريضة المدخول بها الصداق المسمى اذا فسخ بعده . لانه المختلف فيه . ومثل فسخه بعد البناء : موته او موتها قبله . فلها المسمى . ولا إرث بينهما لان علة فساد ادخال الوارث ، وعلى المريض ان مات في ذلك المرض قبل الفسخ الأقل من الثلث من ماله (الشرح الصغير : 427/2)

(18) اذا اراد الزوج السفر فطلبت الزوجة بالنفقة . فرض لها بفدر ما يرى من أبعاده . أو ينضم لها به كفيلا يجريه لها (التاج والاكلیل : 200/4)

(19) هذا هو المشهور من مذهب مالك . ورد في المدونة انه لا يلزم من لم يدخل نفقة حتى يدعى للبناء فحينئذ تلزمه مع الصداق .

[إحصان الزوج]

305 - وكل زوجة وطنها الرجل فهي تُحصَنُه ، وإن كانت صغيرة ، أو مجنونة أو نصرانية (20) .

وكل وطء حرام ، فانه لا يجب به حكم الاحصان ، مثل الصائمة والحائض وما اشبه ذلك .

[اسلام الزوجة قبل زوجها]

306 - وإذا أسلمت ، وكانت على غير دين الاسلام ، فإن زوجها أحق بها ، إن أسلم في عدتها ، كان كتابيا أو مجوسيا (21) .

[اسلام الزوج قبل زوجته]

307 - وإن أسلم الزوج ، ولم تسلم المرأة ، فإن كانت كتابية بقيت تحته كما كانت ، وإن كانت مجوسية ، فإن أسلمت بقرب إسلامه ثبت النكاح ، وإن تطاول ذلك انفسخ النكاح .

= وقال ابن عبد الحكم : لها النفقة بالتمكين وإن لم تدعه الى البناء ، وزاد في الرسالة : وهي ممن يوطأ مثلها . وقال ابن الحاجب تجب بالدخول أو بان يبتغى منه الدخول .. وقيل تجب بالعقد ان كانت يتيمة (مواهب الجليل : 182/4)

(20) كانت حرة أو أمة . قال مالك : « كل من أدركت كان يقول : تحصن الامة الحر إذا نكحها فمسها . ويحصن العبد الحرة إذا مسها بنكاح ، ولا تحصن الحرة العبد إلا أن يعتق وهو زوجها فيمسها بعد عتقه ، فإن فارقها قبل عتقه فليس بمحصن حتى يتزوج بعد عتقه ، ويمس امراته ، والأمة إذا كانت تحت الحر ثم فارقها قبل أن تعتق ، فانه لا يحصنها نكاحه اياها وهي أمة حتى تنكح بعد عتقها ويصيبها زوجها ، فذلك احصانها ، والأمة إذا كانت تحت الحر فتعتق وهي تحته قبل أن يفارقها فانه يحصنها اذا عتقت وهي عنده اذا هو اصابها بعد ان تعتق (المنبهي : 332/3)

ولا يكون الاحصان إلا بنكاح صحيح فإن كان النكاح فاسدا فلا إحصان (المدونة : 207/2) .

(21) قال تعالى : « فَلَا تَرْجِعُوهُمْ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهَا ... وَلَا تَمْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ »
المتحنة : 10

وقد ذكر بعض الرواة : أنها إن أسلمت في عدتها كان احق بها ، وإن انتقضت عدتها بانت منه (22) .

والأصل في نكاح الشرك : أن السبي يهدمه ويحلّه . سُبيا جميعا أو مفترقين (23) .

[اشتراط الزوج التملك]

308 - انظر : فكل نكاح انعقد على شرط تملك ، ويجعله الزوج بيد غيره ، ويكون سبب ذلك التملك فعل يفعله الزوج ، فهو جائز ، والتملك نافذ .

= حدث مالك عن ابن شهاب : أنه بلغه أن نساء كنّ في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلمن بارضهن ، وهن غير مهاجرات ، وازواجهن حين أسلمن كفار ، منهن بنت الوليد بن المغيرة ، وكانت تحت صفوان بن أمية . فأسلمت يوم الفتح ، وهرب زوجها صفوان من الاسلام فبعث اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم بردائه أمانا له مع ابن عمه وهب بن عمير ولما قدم على رسول الله سيرة أربعة أشهر فخرج الرسول صلى الله عليه وسلم الى هوازن وخرج معه صفوان وهو كافر فشهد حينئذ والطائف وامراته مسلمة ، ولم يفرق الرسول صلى الله عليه وسلم بينهما ، ثم أسلم واستشرت عنده زوجته وكان بين إسلامها نحو من شهرين . قال ابن شهاب : لم يلقنا ان امرأة هاجرت الى الله ورسوله وزوجها كافر مفيم بدار الكفر الا فرقت هجرتها بينها وبينه الا ان يندم زوجها مهاجرا قبل ان تنفضي عدتها (تنوير الحوالك : 76/2)

(22) قال مالك : « وإذا أسلم الرجل قبل امراته وقعت الفرقة بينهما إذا عرض عليها الاسلام فلم تسلم لأن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » المتحنة : 10 (ن . م)
وقد ذكر الرواة تفاصيل كثيرة في المدونة نفل البعض منها شراح الموطأ انظر (المدونة : 211/2 وما بعدها : المنتقى : 340/3 وما بعدها) .

(23) السبأ يفسخ العقد ويهدم النكاح . سُبيا جميعا أو مفترقين . وقال ابن شهاب يفرق بينهما ثم ترك الزوجة حتى تعتد عدة الامة .

وقال ابن الناسم لا تعتد وإنما عليها الاستبراء . وروى ابن وهب عن سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال : « أصبنا سُبيا يوم أوطاس (*) ونحن ازواج فكرهنا ان نفع عليهن ، فسالنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأنزل الله تبارك وتعالى « والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيما نكم » النساء : 24 . فاستحللناهن (المدونة : 214/2 - 215) .

(*) وأوطاس واد في ديار هوازن فبه كانت وقعة حنين وبومها قال النبي صلى الله عليه وسلم « حمي الوطيس » حين استعرت الحرب وهو أول من قالها . - مر (405/1)

[17 - أ] وان كان انما جعل سببه فعل غير الزوج / فلا يلزمه التملك ، والنكاح جائز (24) .

24) التملك هو : أن يملك الرجل امرأته أن تطلق نفسها ، وذلك بان يقول لها : قد ملكتك امرك ، او يقول لها : امرك بيدك .

وفي كتاب ابن المواز : قد ملكتك ، وإن لم يقل امرك ولا نفسك . وكذلك قوله : طلاقك اليك ، أو بيدك . قال ابن القاسم : او قال لها : امرك بيدك إن شئت ، أو أنت طالق إذا شئت .

واصل هذه المسألة أن مالكا بلغه ان رجلا جاء الى عبد الله بن عمر فقال : يا أبا عبد الرحمن إني جعلت أمة امرأتي في يدها فطلقت نفسها فماذا ترى ؟ فقال عبد الله بن عمر : اراه كما قالت . فقال الرجل : لا تفعل يا أبا عبد الرحمن . فقال ابن عمر : انا افعل انت الذي فعلته (المنقش : 20/4)

باب الطلاق (*)

[الطلاق السني]

309 - قال محمد : جملة النول في طلاق السنة : أن يطلق الرجل امرأته في طهر ، لم يمسه فيها ، طلقة واحدة ، ثم يدعها تمضي على عدتها (1) ، ولا يتبعها طلاقاً ، فإن أحب ، ارتجعها ما دامت في عدتها ، وإن كره ذلك ، تركها .

فإذا انقضت عدتها ، فقد حلت للأزواج .

وإن طلقها في طهر قد مسها فيه ، أو بعد أن طهرت من دمها قبل أن تطهر بالماء ، فخذ أخطأ ، ولا يجبر على رجعتها .

وإن يُجبرُ أن رجعتها إذا طلقها في حيضتها لا غير (2) .

(*) الطلاق شرعاً عرفه ابن عرفة بقوله : « صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزواجه موجباً تكررها مرتين للحر ومرة لذي رق حرمتها عليه قبل زوج » . (حدود ابن عرفة : 184 وما بعدها) والطلاق رجعي وبائن .

فالأول هو الذي يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وهو يكون في المدخول بها .

والثاني هو الذي لا يملك فيه الزوج رجعتها (بداية المجتهد : 49/2) .

(1) وهي ثلاثة فروه ، والفرو هو الطهر ، أي الزمن الذي بين الدمين ، والعدة تنفضي بدخولها في الحيضة الثالثة (بداية المجتهد : 102/2 - 103) .

وعدة الأمة حيضتان . قال مالك : والحر يطلق الأمة ثلاثاً وتعتد بحيضتين (تنوير الحوالك : 99/2 - 100 : الفواكه الدواني : 33/2)

(2) ما لم تنقض عدتها وقال أشهب لا يجبر إلا في الحيضة الأولى ، وتحسب عليه طلقة لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر « مره فليراجعها » قالوا : والرجعة لا تكون إلا بعد طلاق (ن ، م : 75 - 76)

[وجوب النفقة للمطلقة رجعيا]

310 - وكل مطلقة يملك الزوج رجعتها (3) ، فالنفقة لها واجبة على زوجها ما دامت في العدة .

[استحقاق الحامل للنفقة]

311 - وكل مطلقة لا يملك الزوج رجعتها ، فلا نفقة لها إلا أن تكون حاملا (4) .

[استحقاق المعتدة للسكنى]

312 - وكل معتدة فلها السكنى على زوجها ، ملك رجعتها أو لم يملك (5) .

[من ألفاظ الطلاق]

313 - وأصل مذهب مالك : أنه إذا خاطبها بلفظ : ما كان ، وهو يريد الطلاق ، فانها به طالق ، وإن لم يكن ذلك الكلام من ألفاظ الطلاق (6) .

[التصريح بالطلاق خطأ]

314 - وإذا خاطبها بالطلاق مفصحا على وجه الغلط ، أراد ان يقول غير ذلك ، فقال : انت طالق ، فلا يلزمه من ذلك شيء .

(3) اجمع المسلمون على ان الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي ما دامت في العدة من غير اعتبار رضاها لقوله تعالى « وبعولتهن احق بردهن في ذلك » البقرة : 228 .

ومن شرط الرجعي ان يكون في مدخول بها (ن . م : 71 وما بعدها)

(4) ينفق على الحامل حتى تضع حملها قال مالك : وهذا الامر عندنا ، كانت مطلقة طلقا واحدة او ثلاثا لقوله تعالى : « وان كن اولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن فان ارضعن لكم فأتوهن اجورهن » الطلاق : (تنوير الحوالك : 99/2) .

قال خليل : « ولا نفقة بدعواها الا بظهور الحمل وحركته » ومثله لو شهدت امرأتان بحملها على المشهور . وإذا أنفق عليها في دعوى الحمل ثم أنفقت خلافا لابن المواز ، إلا أن كان بنقضه فيرجع اتفاقا ، وان تحقق الحمل وجبت لها نفقة الماضي والمستقبل (قوانين الاحكام : 176)

(5) السكنى واجبة لكل مطلقة مدخول بها سواء كان الطلاق بائنا أو رجعيا ، وسواء كان المسكن له أو نقد كراهه أولا لأنها محبوسة بسببه (الفواكه الدواني : 67/2) .

[ادعاء عدم الطلاق بعد التصريح به]

315 - وان قصد الى لفظ الطلاق فتكلم به مخاطبا لها ، الا انه يزعم انه لم يرد الغزمية على الطلاق ، فهي طالق .

[التراجع في يمين الطلاق]

316 - وإذا أراد أن يحلف على شيء ، فقال لها : أنت طالق ثلاثا ، ثم حالت نيته على الحلف فأمسك ، فلا يلزم من ذلك القول شيء .

[تعليق الطلاق بأجل]

317 - وكل من طلق امرأته الى أجل من الآجال ، فانظر اليه : فإن طلقها الى أجل قد يأتي ولا يأتي ، فلا تطلق إلا الى ذلك الأجل إن أتى .

[الحلف بطلاق من لم يتزوجها]

318 - وكل حالف بطلاق كل امرأة يتزوجها ، فلا يلزمه من ذلك شيء ، إلا أن يضرب لذلك أجلا ، أو يذكر بلدا ، أو قوما ، أو قبيلة ، أو يقصد الى عين امرأة ، فإنه يلزمه ذلك (7) .

قال محمد : هذا الاصل هكذا جرى في امهات ابن القاسم ، وهذا المعروف من مذهب مالك . وعليه نصب المخالف حججه والف كتبه .

(6) اجمع المسلمون على ان الطلاق يقع اذا كان بنية ولفظ صريح . وهو عند مالك لفظ الطلاق . وما عداه كناية ، وهي اما ظاهرة أو محتملة .

فالظاهرة مثل : حبلك على غاربك ، ومثل : البتة ، وانت خلية ، وبرية .

واما المحتملة فيعتبر فيها النية (بداية المجتهد : 88/2 ؛ الفواكه الدواني : 37/2)

(7) هذا ما أوضحه ابن جزى إذ قسم تعليق الطلاق على شرط التزوج الى قسمين :

- قسم لازم ، وهو الذي تخصص فيه بعض النساء بعينها أو قبيلتها أو بلدها .

- قسم غير لازم ، وهو الذي يعمم فيه المطلق جميع النساء (قوانين الاحكام : 256)

وفي هذا الأصل تدافع محمد بن عبد الحكم وأبو إبراهيم المازني الجوابات ، حتى بلغ ما حفظت عنهما من القول في ذلك جزءين .

وقد ذكر أبو زيد بن أبي الغمر في سماعه من ابن القاسم نقض هذا كله ، ذكر أنه كتب إليه صاحب الشرطة في : رجل حلف بطلاق امرأة البتة إن تزوجها ، فتزوجها ودخل بها . فكتب إليه ابن القاسم : لا يفرق بينهما .

وذكر ابن المسبب : قال له رجل : اني حلفت بطلاق امرأة ان تزوجتها ، فقال له : تزوجها ، وإثمك في رقبتني (8) .

[ظهار الرجل ممن يتزوجها]

319 - وفرقوا بين الطلاق والظهار (9) في هذا الباب ، فزعموا : أنه إذا قال : كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي (10) ، أنه يلزمه ذلك ، وليس كالطلاق ، وكفارة (11) واحدة تجزئه في ذلك .

والفرق بينهما ان تحريم الظهار ينحل بالكفارة ، وتحريم الطلاق لا ينحل .

(8) هذا ظاهر المدونة ، قال مالك : لا شيء عليه وليتزوج اربعا (122/2)

(9) هو الوارد في قوله تعالى : « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة » المجادلة : 3 . ومعنى المظاهرة شرعا : ان يشبه الرجل من تحمل له بن تحرم عليه أبدا .

(10) كذلك إذا ذكر عضوا غير الظهر فهو ظهار عند مالك . وكذلك إذا قال : هي علي كأمي ، أو شبهها بأجنبية لا تحرم عليه على التأييد ، وخالف في ذلك ابن الماجشون (بداية المجتهد : 121/2)

(11) هي ثلاثة أنواع : غنق رقبة ، أو صيام شهرين ، أو إطعام ستين مسكينا ، وهي على الترتيب .

[الايلاء والظهار واللعان والخلع] (*)

[أنواع الايلاء]

320 - قال محمد : والايلاء منقسم على وجهين :

- وجه واحد : أجله من يوم الحلف والايلاء ، وهو نفس الايلاء : أن يحلف لا يمس امرأته أكثر من اربعة أشهر ، فإذا مضت اربعة أشهر من يوم يمينه وقف إن وقفته امرأته ، فإما فاء ، وإما طلق .

- والوجه الثاني من الايلاء : أجله من يوم ترفعه امرأته الى السلطان ، وهو أن يحلف بطلاقها : ليفعلن فعلا ، فيكون في حكم اليمين على حث ، فيكف عن الوطء حتى يبر ، فتقوم امراته ، فيضرب له اجل/الايلاء من يوم تقوم به .
[17 - ب]
وهذا إذا كانت يمينه على فعل نفسه ،

(*) الاصل في الايلاء قوله تعالى : « للذين يؤولون من نسائهم تربص اربعة اشهر » البقرة : 226 . والايلاء هو : أن يحلف الرجل أن لا يبطأ زوجته إما مدة هي أكثر من اربعة أشهر أو اربعة أشهر ، أو بطلاق إذا انقضت الاربعة اشهر ، فاما فاء واما طلق ، لقوله تعالى « فان فاءوا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » البقرة : 226 و 227

وللهاكية في الآية اربعة أدلة :

- انه جعل مدة التربص حقا للزوج دون الزوجة ، فأشبهت مدة الأجل في الديون المؤجلة .
- ان الله تعالى أضاف الطلاق الى فعله .
- قوله تعالى : « وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم » قالوا : فهذا يقتضي وقوع الطلاق على وجه يسمع ، وهو وقوعه باللفظ لا بانقضاء المدة .
- ان الفاء في قوله تعالى : « فان فاؤوا فان الله غفور رحيم » ظاهرة في معنى التعقيب ، يدل ذلك على ان الغيبة بعد المدة (بداية المجتهد : 115/2)

وأما ان كانت يمينه على فعل غيره ، فلا يضرب له في ذلك اجل الايلاء ، وإنما يضرب له السلطان في ذلك اجلا على قدر ما يرى انه اليه حلف لا غير (1).

[متعة المطلقة]

321 - وانظر : فكل مطلقة بعد الدخول ، فلها المتعة ، الا المختلعة (2) ، والملاعنة (3) ، والمبارية (4) ، والمفتدية (5) ،

ولا متعة للتي لم يدخل بها الا ان يكون لم يسم لها صداق ، ويكون نكاحها نكاح تفويض (6) .

[الطلاق ثلاثا]

322 - وإذا قال لها : أنت حرام ، أو حبلك على غاربك ، فهي ثلاث .

[تخيير الزوجة]

323 - وأصل مذهب مالك : في الخيار إذا خيرها (7) ، يعني بعد الدخول ، في نفسها ، فقضت بالثلاث ، لم يكن له أن يناكرها .

(1) فان ابى الفء او الطلاق طلق القاضي عليه ، وهو نظر الى المصلحة العامة ، وهذا هو الذي يعرف بالقياس المرسل ، والمنقول عن مالك العمل به (بداية المجتهد : 177/2)

(2) هي التي تختلج من كل الذي لها (شرح حدود ابن عرفة : 188) .

(3) يعلل ابن فرحون حرمان الملاعنة من المتعة بان الشيء الذي وقع بينها وبين زوجها لا يجبر بالمتعة (المسائل الملقطة : 15 ظ)

(4) المبارية : التي تباري زوجها قبل البناء (شرح حدود ابن عرفة : 188) .

(5) المفتدية : التي تعطي بعض الذي لها (ن . م)

(6) في المدونة فيمن حرمن من المتعة : « لا متعة لمختلعة ، ولا مصالحة ، ولا ملاعنة ، ولا مطلقة قبل البناء وقد سمي لها ، ولا من اختارت نفسها لعتقها » وزاد اللخمي : التي قامت لعيب بزوجها ، والتي فسخ نكاحها ولو لعارض حدث ، والتي اشتراها زوجها لبقائها معه .

(التاج والاكلیل : 105/4 : مقدمات ابن رشد : 101/2)

(7) يخير الزوج زوجته بان يجعل انشاء طلاقها ثلاثا حقا لها .

وإن قضت بدون ذلك بواحدة ، أو اثنتين ، فلا يلزم الزوج شيء من ذلك (8) .

[تمليك الزوجة]

324 - وإن ملكها (9) أمرها فقضت بالثلاث ، كان له أن يناكرها ، ويردها الى الواحدة إذا نوى ذلك بعد عيئه ،

فإن لم تكن له نية ، فليس له أن يناكرها .

[حد خيار الزوجة وتمليكها]

325 - واختلف قول مالك في الحد الذي ينقطع اليه ما جعل بيد المرأة من الخيار أو التمليك :

فكان يقول : ذلك بيدها ما لم تقم من مجلسها ،
ثم رجع فقال : ذلك لها ما لم توقف ، فتقضي أو ترد ،
وبقوله الأول يقول ابن القاسم .

(8) أشار ابن حارث الى تخيير الزوجة بين البقاء مع زوجها أو فراقه .
والحكم أنها إذا اختارت الفراق تنحل العصمة تماما ويقضى بالثلاث وليس للزوج أن يناكرها في ذلك ، لأن الخيار في هذه الحالة مطلق : تختار به الطلاق البائن أو البقاء ،
وليس لها اختيار طلاق واحدة أو طلقتين ، فإن اختارت واحدة أو اثنتين سقط خيارها (بداية المجتهد : 58/2)
قوانين الاحكام : 258) .

(9) عرف ابن عرفة التمليك شرعا بقوله : « جعل انشائه حقا لغيره راجعا في الثلاث يخص فيما دونها بنية أحدها » (شرح حدود ابن عرفة : 197)
والتخير والتمليك من أنواع الطلاق . ولها احكام خاصة وهما متباينان على المشهور من المذهب (بداية المجتهد : 58/2)

انظر الفرق بين قاعدة التمليك وقاعدة التخير في (فروق القراني : 175/3 ، الفرق : 168)
الظهار : أن يشبه الزوج زوجته بمحرم منه أو يظهر أجنبية في قتمه بها .
اللعان : أن يحلف الزوج على زنا زوجته أو على نفي حملها اللازم له . وأن تحلف هي على تكذيبه إذا كان نكولها يوجب حدها .

الخلع : عقد معاوضة على البضع ، تملك به الزوجة نفسها ويملك به الزوج العوض .

[الظهار من أجنبية]

326 - ومن أصلهم : أنه إذا خاطب امرأة أجنبية بالظهار ، فقال لها : أنت علي كظهر أمي ، فانه لا يلزمها ذلك ، إن تزوجها يوما ما ،

إلا أن يكون قال لها : ان تزوجتك (10) ، أو نوى ذلك بقلبه ، وليس كالإيلاء .

[الإيلاء من الأجنبية]

327 - ولو أن رجلا خاطب امرأة فقال لها : والله لا وطأتك ، ثم تزوجها لزمه الإيلاء ، وإن لم يقل : ان تزوجتك ، ولا نواه .

[وجوب الكفارة على المظاهر]

328 - وإذا وطئ المرأة التي ظاهر منها ، فند وجبت الكفارة عليه (11) وجوبا لا يلزمه موئها ان ماتت ، ولا طلاقها إن طلقها (12) .

وإذا أراد أن يكفر المظاهر فانما تجب عليه الكفارة على حكمه في وقت الكفارة : إن كان موسرا ، فلا يجزئه إلا العتق ، وإن كان صحيحا قويا ، فلا يجزئه إلا الصوم (13) ، وإن كان يوم القول على غير ذلك الحكم .

(10) الذي يظاهر من الأجنبية دون أن يعلق ظهاره على الزواج ، لا يلزم بشيء على الصحيح من المذهب ، ولو قصد الظهار ، كما لا يلزم الطلاق لذات المحرم لو قصد الطلاق (مقدمات ابن رشد : 146 ، 147) .

(11) كفارة الظهار هي كما قال ابن أبي زيد : هي عتق رقبة مؤمنة سليمة من العيوب ، ليس فيها شرك ولا طرف من حرية ، فإن لم يجد صام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع أطعم ستين مسكينا مدتين لكل مسكين . ولا يطؤها في ليل أو نهار حتى تنقضي الكفارة (الفواكه الدواني : 50/2 - 52) .

(12) تسقط الكفارة إن لم يطق المظاهر إذا ماتت أو طلفت (أسهل المدارك : 171/2) .

(13) إن حصل له اليسار بعد الشروع في الصوم تمادى ، إلا أن يفسده فيتعين العتق (الفواكه الدواني : 52/2) .

[شروط العبد في كفارة الظهار]

329 - ومن قولهم في العبد المعتق في الظهار: إنه لا يجرىء إلا أن يكون مسلماً ، تام الخلقة ، سالماً من النقص والعيوب ،

حاشي أنهم قالوا في الأعور: انه يجوز عتقه في الظهار ،
وقد قال بعض الرواة من أصحاب مالك : لا يجرىء (14) .

[أوجه اللعان]

330 - وجلة القول في اللعان : إنه لا يكون إلا بأحد وجهين :

- برؤية (15) لا مسيس بعدها .

- أو بنفي حمل (16) ، ويدعى قبله استبراء (17) .

قال ابن الماجشون : ولا لعان في الحمل ، لأنه قد ينفش .

[مخالعة الولي]

331 - وجائز أن يخالع الأب أو الوصي عن الطفل زوجته .

(14) الذي ذهب اليه خليل في مختصره : أن الأعور يجرىء حيث قال : « ويجزىء أعور » . وذلك لأن العين الواحدة تقني عن العينين (ن ، م) .

(15) أي برؤية الزنا كالمروء في المكحلة . والمشهور وأنه يكفي أن يقول : رأيتها تزني ، قال خليل في توضيحه : إن البصير إذا تحقق زناها لا عن وان لم يرها ، وهو مذهب المدونة ، فالرؤية ليست قيداً بل يكفي التحقق .

(16) لا لعان على المجبوب في نفي الحمل كحمل زوجة الصبي . وكذا المحصي على كلام ابن القاسم وابن حبيب لأنه لا يلحق به .

(17) يكون هذا الاستبراء ولو بحيضة .

ومثل الاستبراء دعوى عدم الوطء بعد وضع الحمل الأول الذي قبل الحمل المنفي ، والحال ان بينهما ما يقطع الأول عن الثاني ، وهو ستة أشهر فأكثر .

والملاحظ انه لا يجوز لأحد نفي حمل من زوجته ، فيما عدا ما تقدم ، حيث يكون معتمداً لأمر قوي ، لا مجرد شك ، لأن الولد للفراش .

ولا يخالغ عن البكر إلا الأب فقط . ولا يخالغ الوصي (18) .

[الخلع بالغرر]

332 - ومن قولهم : إن الخلع بالغرر جائز (19) .

ولا يجوز بالحرام الذي يضارع الربا بالخلع على السلف : كضَعُ وتَعَجَّلُ ، (20) وما شاكل ذلك .

[طلاق الحكمين]

333 - وأصل قولهم في الحكمين : إنها لا يظنّان أكثر من واحدة ، وإن اجتمعا على الثلاث لم يلزم من ذلك إلا واحدة بائن (21) .

وقال المغيرة وأشهب : تلزم الثلاث إذا اجتمعا عليها .

(18) أما خلع الوصي عن البكر فلا يكون إلا برضاها (الشرح الصغير : 520/2) .
وفي التوضيح في خلع الأب عن السفية قولان (الصاوي على الشرح الصغير : 520/2) .
(19) يجوز الخلع بالمجهول أيضا لأنه الظاهر من عموم قول الله عز وجل « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » البقرة: 226 . فليس طريقه طريق المبيعات التي تبتغى فيها الاثمان ، وإنما المبتغى فيه تخلص الزوجة من ملك الزوج ، فلا يضر الجهل بالعوض ، إلا ترى أن النكاح لما لم يكن طريقه طريق المبيعات المحضة وكان المبتغى فيه المكارمة والاتصال ، جاز على عبد غير موصوف وعلى شوار بيت موصوف ، وما أشبه ذلك من الغرر اليسير الذي لا يزول جملة ، فيبني البضع بلا صداق ، لأن الصداق حق لله تعالى ، فلا يجوز إسقاطه ، والخلع ليس حقا لله فيجاز بالغرر الكثير من جميع جهاته وإن ذهب جملة فيبني بغير عوض .
وقد قيل : إن الخلع بالغرر والمجهول لا يجوز . والمشهور الأول (مقدمات ابن رشد المطبوع مع المدونة : 257/2) .

(20) هذه من صور البيع المحرمة باتفاق الأربعة . وبيانها : أن يكون لشخص على آخر دين لم يحل فيعجله قبل حلوله على أن ينقص منه . ومثل ذلك جن يعجل بعضه ويأخر بعضه إلى أجل آخر ، وأن يأخذ قبل الأجل بعضه عينا وبعضه عرضا .

ويجوز ذلك كله بعد الأجل باتفاق . ويجوز أن يعطيه في دينه عرضا قبل الأجل وإن كان يساوي أقل من دينه (قوانين الأحكام : 185 - 186) .

(21) قال مالك : « لا يجوز لها أن يخرجها من يده بغير طلاق السنة وهي واحدة لا رجعة فيها حكما عليهما فيه بآل أو لم يحكما فيه لأن ما فوق واحدة خطأ وليس بالصواب وليس بمصلح لها أمرا والحكم إنما يدخلان من أمر الزوج والزوجة فيما يصلح لها وله جملا .

[الحضانة] *

[استحقاق الحضانة]

334 - وأصل قولهم في الحضانة : اذا نزل الاختلاف فيها بين الرجل والمرأة وقد طلقها ، أن الأم أحق بالحضانة للغلام حتى يبلغ ، وللجارية حتى تتزوج .

فإن لم تكن أم فالجدة للأم ، وهي أولى من الأب ، ثم الخالة إذا لم تكن جدة للأم ، ثم الجدة من قبل الأب ، ثم الأخت ، ثم العمة .

هؤلاء أحق ما لم يرد الأب ، أو الولي ، الانتقال عن ذلك البلد الى غيره ،

فإن أراد ، فهو أحق بالولد ، الا ان يرضى من له الحضانة بالانتقال معه حيث انتقل (1) .

(*) الحضانة لغة مصدر حضن ، تقول حضن الصبي يحضنه حضنا : رباه ، والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه ويربياناه (لسان العرب : حضن) .

وشرعا : حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه وتنظيف جسمه .

(1) اذا أراد الأب أو الولي ان يستوطن مكانا بعيدا عن مكان من لها حق حضانة الطفل ، فله ان يأخذه معه ويستأثر به دونها اذا كان مأمونا على الطفل ، واذا رضيت الانتقال الى هذا المكان ليستريحها في الحضانة فلها ذلك .

قال ابن عاصم :

وحيث بالمحضون سافر الولي بقصد الاستيطان والتنفل

فذاك مسقط لحق الحاضنة الا اذا صارت هناك ساكنة

وينطبق هذا الحكم حتى على المحضون اذا كان رضيعا على المشهور بشرط ان يقبل ثديا غير ثدي أمه .

وإذا كان السفر للتجارة والسياحة فلا يسوغ للأب أو الولي ان ينزع الولد من الحاضنة (البهجة : 387/1 :

قوانين الأحكام : 248) .

باب العِدَّة والاستبراء *

[عدة الحرة من الوفاة]

[18-أ] 335 - قال محمد : عدة الحرة من الوفاة كما قال الله تبارك وتعالى « أربعة أشهر وعشرا » (1) ، كانت مدخولا بها أو غير مدخول بها ، صغيرة كانت أو كبيرة ، مسلمة أو كتابية .

وعليها في هذه العدة الاحداد : ترك الزينة ، وترك المصبوغ من الثياب (2) ، وعليها ألا تبيت إلا في بيتها (3) .

واختلف أصحاب مالك في هذه المعتدة ، اذا انقضت عدتها من هذه الشهور والأيام ولم ترد من حيضة :

فروى أشهب عن مالك في الديوان المستخرج من الأسمعة : أنها لا بد لها من حيضة كانت أيام طهرها أقل من مثل العدة أو أكثر .

(*) عدة المرأة المطلقة والمتوفى زوجها هي ما تعده من أيام أقرانها أو أيام حملها أو أربعة أشهر وعشر ليال .
(1) قوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » البقرة : 234 .
(2) سواء كانت صغيرة أو كبيرة ، مسلمة أو كتابية . ويشمل الاحداد أيضا ترك الطيب والكحل ولباس ما يزين من المصبوغات بخلاف الأسود والأبيض ، وقال أشهب : لا تدخل الحمام . واختلف في الكحل للضرورة (قوانين الاحكام : 175) .

(3) لا تخرج الا من ضرورة ، فان خرجت من غير عذر ردها السلطان . والضرورة كالمخرج خوفا من لصوص ، أو هدم الدار ، أو غلاء كرائنها ، فان انتقلت لزمها المقام حيث انتقلت ، ولها الخروج نهارا في حوائجها ولا تبيت الا في دارها . وهذا الحكم ينطبق على المعتدة عدة طلاق (ن ، م) .

وحكى عبد الملك بن حبيب في كتاب الطلاق من كتابه عن ابن الماجشون أنه يقول :
إذا مضت عدتها من هذه الشهور والأيام المذكورة حلت للأزواج ، وتزوجت ، حاضت أو
لم تحض .

وذكر عن مطرف عن مالك أنه قال :
إن كانت أيام طهرها دون أيام العدة فهي مسترابة ، ولا تتزوج حتى تتم تسعة أشهر إلا
أن تحيض قبل ذلك ،
وإن كانت فوق أيام العدة فلا شيء عليها ، لأنها لم تسترب بانقطاع دم .

[عدة الحرة من الطلاق]

336 - وعدة الحرة من الطلاق ثلاثة قروء (4) .

والقروء : الطهر في مذهب مالك ، فإذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد حلت
للأزواج ،
ولا إحداد على مطلقة ، إلا أنها لا تبيت إلا في بيتها .

وإن كانت ممن لا ترى حيضا لصغرها أو كبر فثلاثة أشهر (5) .

-
- (4) لقوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » البقرة : 228 .
هذا بالنسبة للمدخول بها ، أما التي لم يدخل بها فلا عدة عليها لقوله تعالى « فإيا لكم عليهن من عدة تعتدونها »
الاحزاب : 49 .
أما المطلق الذي راجع امرأته في العدة من الطلاق الرجعي ثم فارقتها قبل أن يمسه فهل تستأنف عدتها أم لا ؟
يرى مالك أن كل رجعة تهدم العدة وإن لم يكن مسيس (بداية المجتهد : 108/2) .
والمذهب أنه إذا طلقها في طهر كان بنية الطهر قرأ كاملا ، ولو كان لحظة فتعتد به ، ثم بخرئين بعد ، فذلك ثلاثة
قروء ، فإذا دخلت في الحيضة الثالثة فقد تمت عدتها ،
وإن طلقها في حيض لم تحمل حتى تدخل في الرابعة من التي طلقت فيها (قوانين الاحكام : 173)
(5) لقوله تعالى : « واللاتي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر » الطلاق : 4 .
والعبارة في الشهور بالأهلة . وإذا طلقت في اثناء شهر عملت من الثاني والثالث على الأهلة وكملت المنكسر ثلاثين
يوما من الرابع ولو كان المنكسر ناقصا ولا تحسب يوم الطلاق إن اطلقت بعد فجره (الفواكه الدواني : 62/2) .
أما المطلقة غير المدخول بها فلا عدة عليها ، ومثلها التي دخل بها ولم يمكن وطؤها إلا أن تفر بالوطه ، أو يظهر
بها حمل ولم يتفه ، فتجب عليه العدة لقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن =

[عدة الحرة المستحاضة]

337 - وعدة الحرة المستحاضة (6) من الطلاق سنة ، ومن الوفاة أربعة أشهر وعشر .

وروى عيسى : أن عليها في الوفاة البلوغ الى تسعة أشهر ، لأن ذلك هو حد انقضاء استبراء الرحم .

[عدة الحرة المسترابة]

338 - وعدة الحرة المسترابة (7) من الوفاة تسعة أشهر ، ومن الطلاق سنة .

وإنما افترق حكم العدتين لأن أصلهم الذي بنوا عليه : أن كل عدة وفاة فאלعدة قبل الاستبراء ، وكل عدة طلاق فאלعدة بعد الاستبراء .

وإذا استرأبت الحرة من زنى ، أو استكره ، أو من غلط ، فإنها تستبرى بثلاث حيض .

[عدة الأمة من الوفاة]

339 - وعدة الامة من الوفاة شهران وخمس ليال (8) .

قال أشهب : وذلك اذا كان مثلها لا تحمل ، وإن كانت في سن من تحمل فلا يبرئها الا ثلاثة أشهر .

= مسكن معه فعليها ان تعتد في بيت موالها حيث كانت تبيت وهو من الاحداد . ولهم أن يخرجوها الى السوق للبيع بالنهار . وإن أرادوا تزوينها للبيع فلا يزبنوها بالمصبرغ ولا بالحرير ولا يطيبوها ، إلا الزيت فلا بأس به فهي شبيهة في ذلك بالحرة (المدونة : 76/2 ، 77) .

(6) دم الاستحاضة هو ما زاد على دم الحيض والنفاس وهو دم علة وفساد (لباب اللباب : 119 : المقدمات : 87/1) .

(7) المرتابة هي التي ارتفعت حيضتها إما بغير سبب أو بسبب شرعي ، وهو اما مرض أو رضاع أو استحاضة (ن ، م) .

(*) الاستبراء لغة : هو البحث عن الشيء والكف عنه .

وشرعا : هو البحث عن حال الارحام لتعلم بركة هي ام لا (لباب اللباب : 120) .

(8) على الامة الاحداد أيضا في قول مالك وتعتد في بيت زوجها ولها الذهاب الى أهلها في النهار . وإن لم يكن لها =

[عدة الأمة من الطلاق]

340 - وعدتها في الطلاق قرآن ، على النصف من عدة الحرة (9) . الا ان الثراء لا ينقسم ، فيستتم .

وان كانت في سن من لا تحيض ، لصغر أو كبر ، فتلاثة أشهر (10) .

وحكم الأمة حكم الحرة في الاستحاضة والاسترابة في جميع ما ذكرته .

[المرأة المرتابة]

341 - وكل من تمادت بها الربة بعد الأجل التي مدتها من السنة أو التسعة الأشهر ، رفعت الى أقصى ما تلد له النساء ، وهو خمسة أعوام ، فإذا بلغت ، فقد انقضت الربة .

[الاستبراء بحيضة]

342 - وكل ما استبرئت فيه الأمة فحيضة واحدة يجزىء فيها .

[عدة أم الولد]

343 - وعدة أم الولد من سيدها ، اذا مات ، حيضة ، وعدتها من زوج ان كان لها ، كعدة الأمة من الأزواج ، على ما تقدم تفسيره (11) .

-
- = تمسهن فما لكم عليهم من عدة تعتدونها » (الأحزاب : 49) لأن العدة شرعت من أجل برامة الرحم . وكذلك لا تعتد زوجة الصغير ولا غير المطينة (الفواكه الدواني : 63/2) .
- ورجبت عدة الوفاة من غير اعتبار بلوغ زوج أو اطاقة زوجة لأن فيها نوعا من التعبد (ن ، م) .
- (9) كذلك من فيها بنية رق كالمبغضة والكتابية وأم الولد والمديرة ، فتحل بأول الحيضة الثانية إن طلقت في طهر ، أو الثالثة إن طلقت في حيض ، وسواء كان الزوج حرا أو عبدا ، لأن العبرة في العدة بالمرأة وفي الطلاق بالزوج (الفواكه الدواني : 61/2) .
- (10) مثلها مثل الحرة . ويشترط في الصغيرة ان تكون مطينة ، والكبيرة قد يشمت من الحمل (ن ، م : 62/2) .
- (11) لها السكن مدة استبرائها ولا نفقة لها ، ولو كانت حاملا ، ما لم يعتنها وهو حي ، والا كان لها السكن والنفقة ان كانت حاملا (الصاوي على الشرح الصغير : 691/2) .

[عدة الحامل واستبراؤها]

344 - قال محمد : وكل من وجب عليها عدة أو استبراء ، بأي وجه كان ، وكانت حاملا ، فإن حكم الأقراء والشهور والحيض زائل عنها ، فانما يبرئها وضع الحمل ، ولا شيء عليها بعد غيره (12) .

[استبراء الأمة]

345 - وكل من زال ملكه عن أمة ، ثم عاد ملكه عليها ، لم يحل أن يطأها حتى يستبرئها ، كان مالکها رجلا أو امرأة أو صبيا (13) .

[18 - ب] وإذا استبرأ الأمة بحيضة (14) ، ثم أعتقها من بعد ، حلت مكانها للزوج .

وإن مات عنها لم ينفعها استبراؤه ، ولم ينتفع بذلك من تصير إليه ، ولا بد من حيضة .

[استبراء أم الولد]

346 - وأم الولد إذا أعتقها ، أو مات عنها (15) ، فلا بد من حيضة ، كان السيد قد استبرأها أو لم يكن (16) .

[لا إحداد على أم الولد]

347 - ولا إحداد على أم الولد ، وعليها ألا تبیت إلا في بيتها .

(12) انبنى هذا الحكم على قوله تعالى : « وأولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن » الطلاق : 4 . وهو عام يشمل كل حامل .

وقال ابن رشد : « ان كانت المرأة حاملا فعدتها وضع الحمل في الوفاة والطلاق جميعا » (المقدمات : 64/2 ، 65) .

(13) هناك حالات أخرى يجب فيها الاستبراء وردت في (المدونة : 123/6 : قوانين الأحكام : 265) .

(14) تستبرأ بحيضة ان كانت من ذوات الحيض ، أو بثلاثة أشهر ان كانت من غيرهن (الشرح الصغير : 701/2) .

ولا تصدق في دعواها الاستبراء بحيض ، أو وضع حمل ، حتى ينظرها النساء (الصاوي على الشرح الصغير : 701/2) .

(15) كذلك ان غاب عنها سيدها غيبة علم انه لم يقدم منها (الشرح الصغير : 704/2) .

(16) لانها فراش للسيد فالحيضة في حقتها كالعدة في الحرة (ن ، م : 704/2 ، 705) .

باب من يجب عتقه ويحرم ملكه

[العتق بالقرابة]

348 - قال محمد : الذين يجب عتقهم على الرجل إذا ملكهم في مذهب مالك بن أنس وغيره من رواية أصحابه : الولد ، وولد الولد ، وإن تباعدوا ، والأب ، والأم ، والأجداد من قبل الأب والأم ، وإن تباعدوا ، والاختوة ، والأخوات لا غير .

قال ابن وهب : والعم .

وما أعرف أحدا من أصحاب مالك ذكر العم إلا ابن وهب .

[العتق بالمشقة]

349 - وكل من مثل بعبده أعتق عليه (1) .

واختلف ابن القاسم وأشهب في تمام عتقه .

(1) يقول عبد الله بن أبي زيد : « من مثل بعبده مشقة بينة ، من قطع جارحة ونحوه ، عتق عليه » . وهذا الحكم ينبنى على قوله صلى الله عليه وسلم « من مثل بعبده أو حرقه بالنار فهو حر ، وهو مولى الله ورسوله » أحمد (مسالك الدلالة : 257) .
وقد أوضح الفقهاء الأمور التي تضر بالريق وتحدث بهم عيوباً وتعد من التمثيل الموجب للعتق انظرها في (الفواكه الدواني : 159/2) .

فقال ابن القاسم : لا يعتق الا بالتضية (2) .

وقال أشهب : يعتق بالمثلثة به دون التضية .

[عتق الشقص من العبد]

350 - وإذا أعتق من عبده شتصا وجب أن يعتق عليه بقيته (3) . ولا يتم عتق تلك البنية الا بالتضية ، ودون ذلك لا يتم .

وإذا أعتق نصيبه من عبد بينه وبين صاحبه استتم عليه ان كان موسرا (4) . ولا يتم عتق جميعه دون التضية (5) ، كما قال غير مالك من أهل العلم .

[التمثيل بالمكاتب]

351 - وإذا مثل بمكاتبه ، أعتق عليه ، وإن كان للمكاتب فضل من أرش المثلثة رجع به على سيده .

[إسلام عبيد المحاربين]

352 - وحكم عبيد أهل الحرب أنهم إن أسلموا أو خرجوا الى المسلمين ، أنهم أحرار ، لا يجوز ملكهم (6) .

-
- (2) يعتق المنزل به بعد حكم الحاكم ، وهذا هو المشهور ، وهو ما درج عليه خليل عندما قال : « وبالحكم ان عمد لسين برقيقه » (مواهب الجليل : 334/6) .
(3) يستتم العتق على من اعتق جزءا من عبده (مسالك الدلالة : 256) .
(4) اعتبر الفقهاء من أسباب العتق السراية ، وهي ان يعتق شريك نصيبه في عبد فيجبر على دفع قيمة حصة شريكه في العبد ويتحرر كله (لباب اللباب : 276) .
وقد ضبط الفقهاء لذلك شروطا انظرها في (فوانين الاحكام : 408) .
(5) يتوقف هذا العتق على حكم الحاكم ، قال ابن عاصم فيمن اعتق جزءا من عبده وفيمن اعتق نصيبه من عبد مشترك .

ومعتق للجزء من عبد له مطالب بالسب بالحكم أن يكمله

وحظ من شاركه يقوم عليه في السر وعتقا يلزم

(أحكام الأحكام على تحفة الحكام : 276) .

(6) عبد الحربي إذا قرأ الى المسلمين قبل اسلام سيده كان حرا لأنه غنم نفسه ، سواء أسلم أو لم يسلم ، وسواء كان =

[الاقرار بحرية العبد ثم شراؤه]

353 - وإذا شهد الرجل على الرجل بعرق عبده ، فردت شهادته . ثم اشتراه من بعد ، أعتق عليه ، لما تقدم من إقراره بحريته . هذا قول ابن الفاسم في أمهاته .
وقال أشهب : إن تبادى على إقراره بحريته أعتق عليه .
وقال ابن الماجشون : لا يعتق .

وقال المغيرة : إن كانت إنما ردت شهادته بحرية فلا يعتق عليه ، وإن كانت إنما ردت لنقصان الشهادة عن رجلين ، فأرى أن يعتق عليه .

[عتق أم الولد إذا حرم الاستمتاع بها]

354 - وأصل قولهم في أم الولد يدخل على سيدها فيها داخلة : يحرم عليه وطؤها ، مثل أن يطأها أبوه ، أو يطأها هو في عدة من زوج ، أو ما أشبه ذلك ، فإنه يجب عتقها لأنه لا يملك فيها غير المنفعة .
وليس له عليها خدمة ، فإذا حرمت المتعة وجب العتق .

[الشك والنسيان في العتق]

355 - وإذا شك في عتق عبده لم يجز له أن يسترقه .
وإذا أعتق أحد عبدين ثم أنسيه لم يجز له ملكهما (7) ، كالشأتين أحدهما ذكية (8) والأخرى ميتة ، ولا يدري هذه من هذه ، فإنه لا يحل له أكل واحدة منها .

فقراره قبل نزول جيش المسلمين ببلادهم أو بعده ، ولا ولاء للسيد عليه ، ولا يرجع له إن أسلم ، وكذا يكون حراً إن أسلم ، أو بني حتى غنم قبل إسلام سيده .
وأما إذا فر الينا بعد إسلام سيده أو مضاحياً لإسلامه فإنه يبقي رفيقاً لسيده (حاشية الصاوي : 306/2) .
(7) أنبنى حكم عتق العبد الذي شك سيده في عتقه وحكم عتق العبد الذي أنسى سيدها أي أعتق منها على قاعدة تشوف الشارع للحرية وهي قاعدة هامة فتحت أبواباً عديدة لتحرير العبيد .
(8) أي مذكاة ذكاة شرعية .

باب أحكام العتق (*)

[الحلف بحرية العبد]

356 - قال محمد : كل من حلف على فعل : ألا يفعله ، بحرية عبده أو أمته ، فإنه على بر وله أن يطاء الأمة ،

وإن حلف على فعل : ليفعله ، ولم يضرب لذلك الفعل أجلا ، فهو على حنث ولا يطاء الأمة ،

وإن ضرب لفعله أجلا ، فهو على بر الى ذلك الأجل ، ويحل له الوطء .

وقال غير ابن الفاسم : لا يحل له الوطء ، لأنها مرتبهة بيمين .

[موت السيد قبل البر باليمين]

357 - وكل من كان على حنث في يمينه بالحرية ، فمات قبل البر ، فإنه يعتق المحلوف بحريته في ثلث الميت (1) .

(*) قال ابن عرفة : هو رفع ملك حقيقي لا بسبب محرم عن آدمي حي .

(1) لم يكن العتق من رأس المال مراعاة لحق الورثة . وكذلك الامر بالنسبة الى الموصي الذي تنفذ وصيته من ثلث تركته (قوانين الاحكام : 409)

وإن كان الحالف على بر فمات قبل أن يفعل فمات حنث ، وعتق المحلوف عليه في الثلث ايضا . وقال أشهب : لا يعتق عليه اذا مات الحالف مدة التلوم .

وإن حلف على فعل شيء في حال الصحة ومات ولم يضرب لذلك أجلا ، فيعتق المحلوف عليه في الثلث ايضا لا من جميع المال ، لأن الحنث نزل بعد الموت وكل عتق بعد الموت فهو في الثلث ، لانه لم ينزل على الحنث حتى مات ، فلما كان كذلك علمنا انه اراد عتقهم بعد موته (المدونة : 366/2 - 367)

[عتق المريض لجملة من عبيده]

358 - وكل عتق عقده الرجل في مرضه بجملة عبيد له ، أو أوصى بذلك فيهم ، فلم [19 - أ] يحملهم الثلث ، أو كان ذلك العتق في عدة من عدد كثير ، فإن العتق في ذلك إنما يكون بالقرعة ،

إلا أن ينص أسماء العبيد عبدا عبدا فلا تدخل القرعة حيثئذ . ويكون حكمهم حكم المدبرين في كلمة ، يعتق من كل واحد ما ينوبه في الحصص (2) .

[عتق الصحيح لجملة من عبيده]

359 - وإن كان ذلك العتد الذي انعقد فيهم إنما انعقد في الصحة ، مثل أن يحلف في الصحة بعنتهم : ليفعلن فعلا ، فلا يفعله حتى يموت ؛ أو يدبرهم في كلمة ، فإن العتق لا يكون فيهم بالقرعة وإنما يكون بالحصص .

[المُعتقُ نصيبه من عبد]

360 - وكل من أعتق شركا له في عبد ، فإنما ينظر في حاله في العسر واليسر يوم القيام والنظر لا يوم العتق ، إلا أن يكون إنما أضربَ الشريكَ على القيام به لما يظهر من عسر ، فلا يكون له القيام من بعد ذلك إن أيسر (3)

[عتق العبيد المحلوف بحريتهم]

361 - وإن خاطب جماعة عبيد له فحلف بعتق بعضهم : ليضربن بعضا ، فاختلفوا

(2) هو بمنزلة من أعتق عبيدا له وهو مريض إن مات ، ووسعهم الثلث ، عتقوا ، والا أقرع بينهم فأخرج ما حمل منهم الثلث ورق الباقي (ن ، م : 374/2)

(3) أصل المسألة أن العبد إذا كان مملوكا لشخصين فيعتق أحدهما حفظه منه فإن مالكا يرى أن كان المعتق معسرا لم يلزمه شيء وبقي المعتق بعضه عبدا ، أما شريك المعتق فإن الجمهور على أن له الخيار في أن يعتق أو يقوم نصيبه على المعتق لحديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما أعتق » أخرجه الشيخان وغيرها (بداية المجتهد : 400/2) .

عليه ، فأصل القول في ذلك : أن يعتق العبيد (4) جميعا حاشا واحدا منهم ، فانك اذا فعلت ذلك حصل البر وخرج من يمينه .

[رجوع اليمين على الحالف بحرية عبده]

362 - وكل حالف بحرية عبده ، فانه ان باعه ثم اشتراه رجعت عليه اليمين .

وكذلك ان باعه ثم وهب له ، أو تصدق به عليه .

وأما إن ورثه لم يرجع اليمين .

وإن باعه عليه السلطان رجعت عليه اليمين .

هكذا ذكر ابن القاسم .

وقال غيره : لا يرجع عليه اليمين ، إذا باعه عليه السلطان .

[الحالف بحرية عبد يشتريه]

363 - وإذا حلف بحرية عبد يشتريه من الصقالبة ، فوَّهَب له ، أو تُصَدِّق به عليه ، أو ورثه فانظر :

فإن كان إنما كره ملك الصقالبة ، وكان ذلك خاصة يمينه ومعناها ، فبأي وجه ملك منهم عبدا فإنه يعتق عليه .

وإن لم يرد كراهية الملك ، وأراد غير ذلك من الوجوه ، أو كانت يمينه يميناً مسجلة ، فلا حنث عليه ، ولا يلزمها العتق إلا فيما اشترى منهم فقط .

(4) بالأصل ، زيادة : من ، بعد العبيد ، وبها لا يستقيم المعنى .

[العتق مقابل مال]

364 - وإذا قال لعبده : أنت حر وعليك كذا وكذا ديناراً ، قال مالك : هو حر وعليه المال (5)

وقال بقول مالك من أصحابه : أشهب بن عبد العزيز .

وقال ابن القاسم : هو حر ، ولا شيء عليه من المال ، وذكره عن ابن المسيب .

وقال عبد العزيز بن الماجشون : العبد بالخيار ، إن شاء قبل العتق ، وكان عليه المال ، وإن شاء كان رقيقاً ، ولا شيء عليه . وهو مثل قوله : أنت حر على أن عليك من المال كذا وكذا (6) .

[عتق الجنين]

365 - والأصل في عتق ما في البطون : أن عتقه ضعيف ، وإن أدركه دين بيعت الأم ، ورقاً برقها ، وإنما حرّيته بخروجه من البطن (7) .

[عتق عبد غير معين]

366 - وإذا أعتق أحد عبدي ، ولم ينو ، ولم يسمه ، اختار واحداً منها (8) فأعتقه .

فإن مات قبل أن يختار اختار الورثة ، وكان سبيلهم سبيل صاحبهم .

ولا يشبه هذا الأصل أصل الطلاق ، إذا طلق واحدة ولم يُرَدّها بعينها ، فإن النساء بجميعهن بطلن معا (9) .

(5) انظر (المدونة : 392/2)

(6) انظر (بداية المجتهد : 409/2)

(7) هناك تفصيل في قيام الغرماء على سيد الأمة الحامل انظره في (المدونة : 378/2)

(8) في الأصل : منهم

(9) قال القرافي : إذا أعتق أحد عبديه يختار على المشهور ، وقيل : يعم العتق الجميع . وإذا طلق إحدى نسائه بعم =

واعتل سحنون في الفرق بين العتق والطلاق : أن الرجل يجوز له أن يشتري العبد من العبدین يختاره ، ولا يجوز له أن يتزوج المرأة من المرأتين يختارها ، فإذا جاز الاختيار في الأصل جاز في الفرع ، وإذا بطل من الأصل بطل من الفرع .

= الطلاق النسوة على المشهور وقيل : يختار .
والفرق أن الطلاق إسقاط للعصمة والاباحة ، والعتق قرابة لا إسقاط وإن لزمها الاسقاط (الفروق : 110/2 -
111 ، الفرق : 79) .

باب أحكام أمّ الولد *

[نسب ولد الأمة]

367 - قال محمد : أصل قول مالك : إن الرجل إذا أقر بوطء أمته لزمه ولدها ،
/إلا أن يدعي أنه استبرأها ، وتأتي بولد بعد ذلك الاستبراء بأكثر من ستة أشهر (1) . [19 - ب]

قال المغيرة : إذا أقر بوطئها لم يزل الولد عن فراشه إن أتت به ، إلا أن يقول : إنه
استبرأها بثلاث حيض ، ويحلف على ذلك .

قال سحنون : أصحابنا كلهم يقولون : يجزيه من الاستبراء حيضة ، ولا يلزمه في ذلك
يمين .

قال محمد : كلام المغيرة في تشديده على السيد هو أقرب إلى الأصل وإن لم يتبع
القياس ، لأن أصلهم المعروف : أن الحرة إذا طلقها ، فاعتدت العدة الكاملة ثلاثة قروء ،
ثم أتت بولد أنه يلزم الزوج ما بينه وبين خمسة أعوام ، إلا أن ينفيه بلعان ، لأن المرأة قد
ترى الدم على الحمل ، وفراش الرجل في الزوجة والأمة فراش واحد ، وحكمهما في الحال
متفق .

(*) أم الولد : هي الأمة التي استولدها سيدها .

(1) أخبر مالك عن نافع عن صفية بنت أبي عبيد أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : « ما بال رجال يطؤون
ولائدهم ثم يدعونهم يخرجون ، لا تأتين وليدة بعترف سيدها أن قد وطئها إلا ألحقّت به ولدها . فارسلوهن بعد أو
أمسكوهن » ..

وكان عبد الله بن عمر إذا وطئ جارية له جعلها عند صفية بنت أبي عبيد ومنعها أن تخرج حتى يستمر بها حمل
أو تحيض قبل ذلك (المدونة : 48/3) .

وأما لو أتت به لأقل من أمد الحمل من يوم الاستبراء ، فإنها تكون به أم ولد ، لا عتافه بوطئها قبل الاستبراء ،
والحامل في المذهب تحيض (الفواكه الدواني : 167/2) .

والذي لا بد منه أن يرد أحد الأصلين الى صاحبه لمن أراد النظر لنفسه والحياطة لدينه .

[سِقْطُ الأَمة]

368 - وكل ما اسقطته الأمة من سنط ، قد تم خلقه أو لم يتم ، مما يعلم أنه ولد ، فإنما تكون به أم ولد (2) .

[استلحاق ولد الأمة]

369 - وإذا باعها وهي حامل ، أو معها ولد ، ثم استلحق الولد : لحق به (3) إذا لم يتهم ، مثل الرجل لا يكون له الولد ، ويكون لهذا الصبي اليه انتطاع ، فيكون ذلك سبب التهمة ، فإن لم يكن ذلك صدق .

قال أشهب : هو مصدق ، واستلحاق النسب يقطع التهم .

وإذا استلحق المديان ولد أُمته صدق ، وليس بين الرواة في ذلك اختلاف .

وأصل مذهب ابن القاسم : أن كل من استلحق ولدا فإن قوله منبول ، وهو مصدق حتى يتبين كذبك (4) .

وقال ابن الماجشون من رواية ابن حبيب : هو مكذب حتى يتبين صدقه .

(2) ذلك بعد اعتراف سيدها بوطئها وعدم استبرائها مما يعلم بشهادة العارفات من النساء أنه ولد كمضفة أو علنة (الفواكه الدواني : 156/2) .

ويترتب على سقوط السنط أيضا : انقضاء العدة ووجوب القرعة .

ولا تصير الأمة أم ولد إلا بشرطين :

- إقرار السيد بوطئها كما تقدم مع الانزال ، ولو تم إقراره في حال المرض .

- أن تثبت ولادتها أو سنطها ولو بشهادة امرأتين حيث كان الولد معدوما .

وأما لو أتت به وقالت : هذا الولد من سيدها مع اعترافه بالوطء والانزال ، فإنها تصبح أم ولد ولو لم يحصل الأشهاد على ذلك . أما إذا لم يفر بالوطء ولا بينة لها ، فإنه لا يلحق به ولا يلزمه يمين .

(3) بلحق به الولد سواء كذبه المشتري أولا ، وسواء أعغه أو لا (الشرح الصغير : 544/3) .

(4) انظر موضوع الاستلحاق في (الشرح الصغير : 542، 541/3) .

[شراء الرجل زوجته الامة]

370 - وإذا كانت زوجة الرجل أمة ، فاشتراها وهي حامل ، فهي بذلك الحمل أم ولد ،

فإن وضعت قبل أن يشتريها ، ثم اشتراها ؛ لم تكن بذلك الولد أم ولد ، لأنه عبد في يد سيده .

وإن اشتراه أبوه بعد ذلك فأعتقه ، لم تكن به أيضا أم ولد .

وإن كانت تلك الأمة لأبيه ، لم تكن له بذلك الولد أم ولد ، لأن الولد قد عتق على جده وهو في البطن من قبل أن تشتري الأم .

[بيع أم الولد]

371 - وإذا باع الرجل أم ولده ، فسخ البيع فيها (5) .

وإن أعتقها المشتري ، رد عتقها .

وإن ماتت قبل ذلك كانت المصيبة من البائع .

واختلف قول مالك في أم ولي المكاتب ، والمدير ، إذا أعتق المكاتب أو المدير ؛ فقال مرة : تكون أم ولد ، وقال أخرى : لا تكون أم ولد ، إلا بما ولدته بعد تمام عتق سيدها .

[استلحاق اللقيط]

372 - وكل من استلحق لقيطا ، لم يصدق فيه ، إلا أن يكون لصدقه وجه ، مثل أن يكون رجلا لا يعيش له الولد فيلحقه لما يقول الناس في ذلك (6) .

(5) لا يجوز بيع أم الولد ، وهي حرة من رأس المال عند موت سيدها الذي له فيها المتعة قبل موته ، فإن باعها فهي مردودة له ، ويرد عتقها إن أعتقها مشتريها (المدونة : 55/3) .

(6) مال ذلك أيضا أن تشهد بينة بأنه ابنه ، ولا يكفي قوله ؛ إنه ضاع له ولد ، فإن أقام بينة يلحق به الولد سواء كان مسلما أو كافرا وسواء حكم بإسلام اللقيط أو كفره (النرج الصغير وحاشية الصاوي : 181/4) .

وقال غير ابن القاسم من الرواة : لا يثبت في اللقيط دعوى لأحد (7) .

[وطء الأمة المشتركة]

373 - وإذا كانت الأمة بين رجلين ، فوطئها أحدهما ، فحملت ،

فإن كان موسرا ، غرم نصف قيمتها يوم الحمل ،

وإن كان معسرا ، قومت عليه ، واتبعه بنصف قيمتها ، إن شاء الشريك ، ويبيع ذلك النصف المتقوم فيما يجب عليه من القيمة ، ويتبعه بنصف قيمة الولد (8) .

قال محمد : قوله : يتبعه بنصف قيمة الولد بعد أن يضمه قيمة الأمة ، كلام فاسد ، لأنه يأخذ قيمة ولد قد أزال عن نفسه ملك أمه في ذلك الحين الذي وضعته بأخذه قيمتها يوم الحمل .

[انتزاع مال أم الولد]

374 - وأصل قولهم : أن أم الولد للسيد ان ينتزع ما لها متى شاء ، ما لم يمرض ، فإذا [20-أ] مرض لم يكن له ذلك ، /لأن المرض أول أسباب الموت ، وبالموت تعتق .

[الجناية على أم الولد]

375 - وأحكام أم الولد فيما جني عليها ، أحكام أمة لا عتق فيها ،

[جناية أم الولد]

376 - وحكمها إذا جنت جناية : أن يجبر السيد على افتدائها بالأقل من قيمتها ، أو من أرش الجناية .

(7) لعل ابن القاسم ينظر الى قوله تعالى « ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم » الاحزاب : 5 .

(8) قال مالك : تصيب هذه الأمة أم ولد للذي حملت منه (الفواكه الدواني : 149/2) .

[سبي أم الولد]

377 - وحكمها إذا سبها العدو ، ثم غنمها المسلمون : أن يجبر السيد على فدائها بجميع ما وقعت به في السهمان ، فإن كان فقيرا أتبع به دينه .

وقال المغيرة : يفتديها بالأقل من قيمته ، أو مما وقعت به في السهمان مثل الجناية (9) .

(9) يجب فداء أم الولد بدفع القيمة لشبهها بالحرّة ، واتبعت ذمة سيدها إن أعسر (الشرح الصغير : 290/3

292) .

باب أحكام المكاتب (*)

[تعجيل الكتابة]

378 - قال محمد : من قولهم : ان المكاتب إذا عجل ما عليه من الكتابة قبل أجلها ، جبر السيد على قبضها ، إن أبى قبولها ، وعتق العبد وتمت أحكامه (1) .

[تعجيل المكاتب نفسه]

379 - ولا يجوز للمكاتب أن يعجز نفسه إذا كان له مال ظاهر (2) . هذا قول ابن القاسم .

وقال ابن كنانة وابن نافع : له أن يعجز نفسه ، وإن كان له مال ظاهر .

وإذا رضي المكاتب بالتعجيل ، ولم يكن له مال ظاهر ، فهو عبد كما كان قبل الكتابة .

قال سحنون : لا يجوز تعجيله إلا عند السلطان .

(*) العبد المكاتب هو الذي يتفق مع سيده ، على أداء أقساط من المال ليخرج من الرق .
وقد حرض تعالى على مكاتبه العبيد لتحريرهم فقال سبحانه : « والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم ، فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا وآتوهم من مال الله الذي آتاكم » النور : 33 .
وإذا وقع الاتفاق على أداء المال حالا ، فهي مفاطعة .
(1) إن كان السيد غائبا ولا وكيل له ، دفع مال المكاتب إلى السلطان ، وانفذ العتق (قوانين الاحكام : 281) .
وفي هذا الحكم كما في الاحكام الموالية من هذا الباب تشجيع على تحرير العبيد .
(2) وكذلك الأمر إن كان العبد يندر على العمل لتحصيل مال المكاتبه .

وأما إذا كان المكاتب ملتويا غير راض بالعجز ، فلا يعجزه السيد دون السلطان (3) .

[اشتراك العبدین فی كتابة واحدة]

380 - ومن قولهم : إنه لا بأس أن يُعطي السيد لعبديه كتابة واحدة (4) .

فإذا فعل ذلك لم يجز عتقه لأحدهما الا برضى صاحبه ، إلا أن يكون المعتق زمينا لا سعاية (5) فيه ، فيجوز عتقه حينئذ .

وإذا أدى أحد المكاتبين جميع الكتابة ، رجع على صاحبه بحصته من الكتابة ، تفض (6) عليهما على قدر قوتها يوم عقد الكتابة . هذا قول ابن القاسم .

وقال أشهب : تفض على قدر قوتهم يوم كتبوا .

وقال ابن الماجشون : تفض على قدر قيمتهم يوم عتقوا .

[الذي يدخل مع المكاتب من المعتقين]

381 - وكل من يعتق على الرجل إذا ملكه ، فإنه يدخل مع المكاتب في كتابته ، إذا اشتراه بإذن سيده ،

فإن اشتراه بغير إذن سيده ، لم يدخل معه في كتابته ، وليس له أن يبيعه إلا بإذن سيده . هذا قول ابن القاسم .

وروى أشهب عن مالك : أنه لا يدخل مع المكاتب في كتابته إلا الولد والوالد لا غير .

(3) هذا هو المشهور عند المالكية ، وهو قول يعتمد على تشبيه هذا العقد بسائر العقود اللازمة (بداية المجتهد : 315/2) .

(4) جاز ذلك لأن الفرر في هذا العقد يسير ، ويستخف بأمره في الكتابة : فهو غرر بين السيد وعبيده ، والعبد وماله لسيده . ويرى مالك أنه لما كانت الكتابة - في هذه الصورة - واحدة وجب أن يكون حكم العبد المتعدين كحكم العبد الواحد (بداية المجتهد : 410/2) .

(5) ما كلف العبد من العمل تنميا لعتق نفسه (أقرب الموارد : سعي) .

(6) تفرق وتقسم (أقرب الموارد : فضض) .

وقال بعض الرواة من أصحاب مالك : لا يدخل مع المكاتب في كتابته الا الولد الذي له أن يستحدثه بالايلاذ فقط .

[رجوع المكاتب على من معه في كتابته]

382 - وقد اختلف أصحاب مالك في رجوع المكاتب على من معه في الكتابة دونهم (7) :

فقال ابن القاسم : كل من يدخل في كتابته إذا اشتراه ، فإنه لا يرجع عليه ، إذا أدى عنه ،

وكل من لا يدخل معه في كتابته إذا اشتراه فإنه يرجع عليه إذا أدى عنه .

وقال أشهب : لا يرجع على أحد من ذوي قرابته ، كانوا ممن يدخلون معه في كتابته أو ممن لا يدخلون ، أو كانوا ممن لا يتوارثون ، لأن الاداء عنهم انما وجهه الصلة والتعاطف .

وقال ابن كنانة : إن كانوا ممن يتوارثون معه لم يرجع عليهم ، وإن كانوا ممن لا يتوارثون رجع عليهم .

وقال المغيرة : يرجع على كل من أدى عنه على كل حال ، لأنه لم يملكهم ، وإنما أدى عنهم ، فهو بمنزلة ما لو أدى عنهم ديناً من الديون .

[بيع الكتابة]

383 - وبيع كتابة المكاتب جائز ، فإن رقّ كان عبداً لمشتري كتابته (8) .

وكره مالك بيع نصف كتابة المكاتب .

(7) يعني دون من كانوا معه في الكتابة ممن اشترؤا معه . والتفصيل بعده يزيدك بياناً ووضوحاً .

(8) يشبه مالك بيع الكتابة ببيع الدين . وفي ذلك أثر عن النبي صلى الله عليه وسلم .

وفي بيع الكتابة تفصيل انظره في (بداية المجتهد : 319/2) .

قال سحنون : إنما يكره بيع نجم من نجوم المكاتب ، لأن المشتري لا يدري ما يرق له من العبد ، إلا بعد التقويم ،

وأما نصف الكتابة فهو جائز (9) .

وإذا بيعت كتابة المكاتب ، فإن المكاتب/أحق بها ، لأنه عتق يتعجله وتتم به حرته . [20 - ب]

[كتابة أحد الشريكين]

384 - ولا يجوز لأحد الشريكين أن يكاتب نصيبه ، فإن فعل فهو مردود ، وإن أدى ، فإن كاتبه جميعا فهو جائز .

[القطاعة في الكتابة]

385 - ولا يجوز لأحد الشريكين أن يقطعه (10) عن نصيبه بما لم يتعجله منه بغير إذن شريكه ، إلا أن يُتيمَّ حرية المكاتب بالأداء إلى صاحبه ،

فأما إن عجز فإن الشريك الذي لم يقطع بالخيار :
إن شاء أخذ من صاحبه نصف ما قاطع به المكاتب ، وكان المكاتب العاجز بينهما نصفين ،

وإن شاء سلم له القطاعة وما أخذ منها ،

وإن أجاز القطاعة رجع الخيار إلى المقاطع ، فإن شاء تمسك بالقطاعة التي أجاز له صاحبه ، وسلم المكاتب العاجز بجميعه رقيقا لشريكه ،

وإن شاء رد نصف القطاعة إلى شريكه ، وكان المكاتب - إذا عجز - بينهما نصفين على حسب ما كان .

(9) يجوز بيع بعض نجوم الكتابة إذا علمت نسبتها بمعرفة قدرها وقدر باقي النجوم (الشرح الصغير : 546/4 ، 547) .

(10) القطاعة - بفتح القاف وكسرهما - : اسم مصدر قاطع ، والمصدر المقاطعة . سميت بذلك لأن العبد المقاطع يقطع طلب سيده عنه بما يعطيه أو يقطع له بتمام حرته (الزرقاني على الموطأ : 108/4) .

وإن كانت القطاعة بإذن شريكه ، فعَجَزَ العبدُ فإنما يخير المقاطع .
فإن شاء تمسك بما قبض في القطاعة ، وسلم العبد بجميعه الى شريكه ،
وإن شاء رد النصف من القطاعة ، وكان العبد بينهما نصفين .

[الوصية بالكتابة]

386 - وإذا أوصى بكتابة مكاتبه لرجل وأوصى بعثته ، دخل في الثلث الأقل من قيمة رقبته ، أو قيمة كتابته .

وقال بعض الرواة : الأقل من قيمة الرقبة ، أو الكتابة (11) .

[الجناية على المكاتب]

387 - وحكم المكاتب إذا جُنِيَ عليه ، ففيل : أن يقوم على هيئته والحال التي كان عليها (12) .

[جناية المكاتب]

388 - وإذا كان المكاتب هو الجاني قيل له : أد الجناية ، وتقاد في كتابتك ، فإن عجز عن ذلك ، عجز في كتابته ، وخير سيده فيه (13) ، كما بخير في العبد إذا جنى .

(11) انظر تفصيل ذلك في (الزرقاني على الموطأ : 123،122/4) .

(12) يفاص ولد المكاتب السيد بقيمة رقبة المكاتب في آخر نجومه ، فإن كان في قيمة رقبته وفاء بالكتابة وفضل ، يكون للولد أن يأخذ الفضل من السيد فيكون ميراثا .

وإذا قتل المكاتب فأخذ السيد قيمته فإن أولاده يعاضونه في آخر كتابتهم ، فإن كان في قيمته فضل كان للأولاد ، فإن بقي شيء سعوا في بنية ذلك وعثوا (المدونة : 473/4) .

(13) إن شاء فداء بعقل الجناية وإن شاء دفعه .

وإذا قتل المكاتب على وجه الخطأ فعليه الدية كاملة في قول مالك . وكذلك الجراحات عليه قيمة ما جرح ولا يلتفت فيه الى قيمة المكاتب .

أما إن كان قتله عن عمد ، فإما أن يفتص منه أو يعفى عنه ، ولا يؤخذ من ماله شيء ، ولا يسترق إن عجز (المدونة : 470/4 - 471 : الزرقاني على الموطأ : 111/4) .

باب أحكام المدير (*)

[عتق المديرين]

389 - قال محمد : الشأن في عتق المديرين إذا مات سيدهم : أن يبدأ بعتق الأول فالأول منهم ، إلا أن يكونوا إنما دبرهم في كلمة واحدة فيعتق من كل واحد ما ينوبه ، ولا يبدأ أحد منهم على صاحبه (1) .

[تقويم المدير الذي له مال]

390 - والشأن في تقويم المدير إذا كان في يده مال ، أن يجعل عدة ما بيده زيادة في قيمته . مثل أن يموت الميت ، ويترك مائة عينا ، ومديرا قيمته مائة على الانفراد ويبيده مائة ، فينال : جميع مال الميت ثلاثمائة وفيمة المدير مائتان ، فيعتق نصفه ولا عرض لما في يده من المال .

قال محمد : هذا الكلام هو الذي لم أزل اسمع الشيوخ والحذاق يقولونه .

والذي رأيت من كلام ابن الناسم : أنه يقال : هذا مدير معه من المال كذا ومن العروض كذا بما قيمته .

(*) التدبير لغة : النظر في عافية الأمر والتفكير فيه .

وشرعا : تعليق السيد المكلف الرشيد عتق رفيقه على موته . كأن يقول لعبده : إذا أقبلت على الله وادبرت عن الدنيا فأنت حر .

(1) من دبر في حال الصحة يبدأ بمن دبر أولا ثم الذي يليه .

وكذلك في التدبير الحاصل في المرض يبدأ الأول فالأول حتى يأتوا على جميع الثلث ، فإذا لم يبق من الثلث شيء رقى ما بقي منهم ولم يكن لهم من الوصية شيء .

وإذا دبروا في كلمة واحدة يُعتقون جميعهم في الثلث (المدونة : 38/3) .

[عتق العبد بعد الموت]

391 - وإذا قال : عبدي حر بعد موتي ، سئل ؛ فإن قال : أردت التدبير فهو مدبر ، وإن قال : أردت الوصية ، فهو موصى بعته ، وهو وصية حتى يتبين أنه أراد التدبير (2) .

قال أشهب : إن قال ذلك في غير إحداث وصية ، ولا سفر - لما أتى : « لا ينبغي لأحد أن يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة » (3) - فهو تدبير .

[تدبير العبد المشترك]

392 - وإذا كان بين الرجلين عبد ، فدبر أحدهما نصيبه (4) منه ، فإنها يتقاولانه ،

فإن أخذه المدبر كان مدبراً كله ،

وإن أخذه المتمسك بالرق ، كان رقيقاً كله (5) .

وإن شاء المتمسك أن يتمسك ولا يقاومه ، كان ذلك له .

قال أشهب : لا بد من المقاومة بينهما ، وليس للمتمسك بالرق أن يسقط ذلك .

[الجناية على المدبر]

393 - وسيل المدبر فيما جني عليه سليل العبد (6) .

(2) من قال : أنت حر بعد موتي ، فهو وصية عند مالك وابن القاسم حتى يُعلم أنه أراد التدبير ، خلافاً لأشهب (التوانين الفقهية : 281 ؛ بداية المجتهد : 322/2) .

ولما كانت قولته وصية جاز رجوعه فيها ، إلا أن يريد التدبير فإنه يلزمه (الشرح الصغير : 533/4) .

(3) لعله ينظر إلى قوله صلى الله عليه وسلم : (ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة » . مالك في الموطأ .

(4) بالأصل : مصابته . ولم يتضح لنا معناه ، وما أثبتناه اقتضاء السياق .

(5) إلا أن يشاء الذي لم يدبر أن يسلمه إلى الذي دبره ويتبعه بنصف قيمته (المدونة : 4/3) .

(6) انظر (الشرح الصغير وحاشية الصاوي : 337/4) .

[جنایة المدبر]

- 394 - وإذا جنى المدبر جنایة ، خُيرُ سيده :/ إن شاء اقتداه ، وإن شاء أسلم خدمته ، [21 - أ]
فإن اقتداه كان بحسبه مدبرا ،
وإن أسلمه اختدَمَ المجنِي عليه ، واقتص من جنایته ، فإن استوفى حقه ، وسيد المدبر
حي ، عاد اليه بحسبه مدبرا .
- وإن مات السيد من قبل ، عتق إن حمله الثلث (7) ، وتابع بما بني من أرش الجنایة دينا
عليه . وكذلك إذا وقع في السهمان (8) .
- وإذا مرض السيد ، لم يحزله إن ينتزع مال المدبر (9) وكذلك العتق الى أجل إذا تفارب
أجل عتقه .

-
- (7) إذا مات السيد فالمدبر حر إذا خرج من ثلثه بأن كان مال السيد كثيرا ولا دين يستغرق قيمته ، وإلا رجع
رقيقا ولو كان الدين متأخرا عن التدبير (الفواكه الدواني : 149/4 .)
- (8) لسُهمان - بضم السين وسكون الهاء - : جمع سهم وهو الحظ والنصيب . ومنه الحديث النبوي : « ما أدري ما
السُهمان » . ويجمع سهم كذلك على سهام وأسهم (لسان العرب : سَهَمَ) .
- (9) للسيد المدبر انتزاع مال المدبر ما لم يمرض مرضا مخوفا فانه يحرم عليه الانتزاع حينئذ لأنه ينتزع لغيره .
وهذا فيما استفاده من هبة أو صدقة أو وصية أو صداق إن كان المدبر أثنى .
وأما ما استفاده المدبر من عمل يده وخراجه وأرش جنایة عليه جاز للسيد انتزاعه ولو مرض لأنه من أمواله .
وهذا الحكم ينطبق أيضا على أم الولد (الفواكه الدواني : 148/2 - 149) .

باب أحكام الولاء (*)

[عودة الولاء]

395 - قال محمد : انظر فكل [ولأئ ثبت] (1) لرجل يعتق ، ثم زال عنه لعله حادثة ، مثل النصراني يعتق عبده النصراني ، ثم يسلم العبد المعتق ، أو المسلم يرتد ، أو ما أشبه هذا ، مما يدخل في هذا المعنى : فإن الولاء يعود اليه إن عاد (2) .

والسبب الذي يعود به اليه ، مثل أن يسلم السيد المعتق بعد إسلام العبد المعتق ، أو يعود المسلم الى الاسلام .

وكل ولاء لم يثبت لرجل بعته ، مثل النصراني يعتق المسلم ، أو العبد يعتق عبدا بإذن سيده ، فإن مثل هذا الولاء لا يرجع اليه أبدا (3) .

[إذن السيد عبده بالعتق]

396 - وانظر : فكل من أذن له سيده في عتق عبده ، وكان العبد المأذون له ممن جرى

(*) الولاء علاقة بين العبد وسيده ناشئة عن زوال ملك العبد بالحرية ، وهو يكون لمن أعتق العبد خاصة ، لقوله عليه السلام « الولاء لحمه كلحمه النسب لا يباع ولا يوهب » أبو داود .

(1) طمس بالأصل ، ويبدو أن ما أثبتناه صحيح اعتمادا على ما جاء في الكلية 13 من كتاب العتق في كليات ابن غازي .

(2) أما الحربي إذا اعتق عبده وهو على دينه ثم يخرجان الينا مسلمين ، فهو مولاه يرثه . وخالف اشهب مالكا فقال : إذا أسلم العبد قبل المولى لم يعد اليه ولاؤه أبدا (بداية المجتهد : 397/2) .

(3) ولاء العبد المسلم إذا أعتقه النصراني يكون للمسلمين قبل أن يباع ، فإن أسلم مولاه بعد ذلك لم يعد اليه ولاؤه ولا ميراثه ، لقوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » النساء : 141 . فلما لم يجب له الولاء يوم العتق لم يجب له فيما بعد (ن ، م) .

فيه سبب من أسباب الحرية ، فتم فصار الى تمام العتق ، مثل : أم الولد ، والمكاتب ،
والمدبر ، والمعتق الى أجل ، والمعتق نصفه ، فإن كان إذن سيده في حين لا يجوز له أن ينتزع
فيه ماله ، فإن الولاء يرجع اليه إذا تمت حريته .
وإن كان ممن يجوز للسيد أن ينتزع ماله ، فالولاء للسيد لا يرجع الى المأذون له في عتقه
أبدا .

[الولاء الضائع]

397 - وكل ولاء ضائع ، فهو للمسلمين ، مثل العتق من مال الزكاة ، ومثل الحربي
يدخل الى بلاد الاسلام ، فيسلم ، فإن هذا الولاء للمسلمين ،
فإن أعتق لهذا الحربي المسلم أب أو جدّ جرّ ولاؤه الى مواليه .

[ولاء أولاد المعتق لسيده]

398 - وكل مولى معتق ، فإنه يجرّ ولاء ولده من المرأة الحرة ، ومن أمته ، الى سيده
الذي أعتقه ،
وما أعتق من عبد ، جر ولاؤهم أيضا الى سيده .

[الولاء لا يورث]

399 - وحكم الولاء أنه لا يورث (4) . وإنما يصير الى أقعد (5) الناس بالمعتق يوم
مات المولى المورث ، أو يوم النظر فيه إن كان حيا .

[ترتيب الموالى]

400 - والأخ وابن الأخ أولى من الجد بالولاء .
والأخ الشقيق أولى بولاء الموالى من الأخ للأب .
والأخ للأب أولى من ابن الأخ الشقيق .

(4) نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وهبته كما تقدم آنفا .
(5) أي أقرب . ويقال : القُعدُ والقُعدُ والقُعدُ : القريب . انظر ما يأتي من كلام ابن الحارث الفقيه : 409 .

ولا يدخل الأخ للأم في ولاء الموالي ، إلا أن يكون من العصابة فيكون له سهم رجل منهم .

قال أشهب : إذا كان الأخ للأم من العصابة فهو أولى بولاء الموالي منهم ، لأنه أقرب الى الميت بأم .

باب أحكام المواريث

[قاتل الشخص لا يرثه]

401 - قال محمد : أصل مذهب مالك وأصحابه : أن كل مقتول قتل عمدا ، فإنه لا يرث القاتل منه ، إن كان وارثه شيئا ، لا من ماله ولا من ديتة إن قبلت منه (1) .

وإن كان إنما قتله خطأ : ورث من ماله ولم يرث من ديتة (2) .

وإن ضربت المرأة الحامل في بطنها ، فألقت جنينا ميتا ، وكان ضاربها والد الجنين أو وارثه من كان ، فإنه لا يرث من الغرة المأخوذة في الجنين شيئا (3) .

(1) روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يرث القاتل شيئا » أبو داود والدارقطني .

وروى عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله : « ليس لقاتل ميراث » مالك وأحمد .
قال ابن أبي زيد في رسالته « لا يرث قاتل العمد من مال ولا دية » (مسالك الدلالة : 342) .

(2) انظر (ن ، م) وانظر (ابن ناجي و زروق على الرسالة : 246/2 - 247) .

(3) قال ابن عاصم في هذا المعنى في تحفته :

وفي الجنين غرة من ماله أو قيمة كالارث في استعماله

والغرة : عبد أو أمة صغيرة ، وقيمة الغرة عشر دية الأم الحرة .

وهذه الغرة أو قيمتها تقسم على فرائض الله كالارث ، دون أن يرث منها القاتل شيئا (البهجة : 357,356/2) .

[الميراث بالولاء]

402 - وإذا مات المولى المعتق ، لم يورث بالولاء ، حتى لا يبقى له وارث موجود من ذوي القرابة المعروفين بقرابته (4) .

[ميراث القبيلة]

[21 - ب] 403 - وإذا مات رجل من العرب (5) ، ولم يكن له وارث/معروف النسب فأتى قبيلة يطلبون ميراثه : لم يكن لهم من ميراثه شيء ، حتى يعلم مكانهم من عصبته وان تباعدوا . واما على حكم القبيل فلا يورث بذلك .

[ميراث الدية والغرة]

404 - ودية المقتول موروثه على فرائض الله عز وجل كسائر ماله .

وكذلك غرة الجنين (6) .

وإن لم يكن للجنين أب حي ، وله أخوة ، كانوا وقت وجوب الغرة أجنة في البطون ، فانهم يرثونه اذا ولدوا .

[يرث المولود ويورث بالاستهلال]

405 - وإذا استهل المولود ورث ووُورث ، وإن لم يستهل لم يرث ولم يُورث (7) .

(4) اتفق العلماء على أن من أعتق عبده عن نفسه فإن ولّاه له ، ورثه إذا لم يكن له وارث ، ويعصبه إذا لم يكن هناك ورثة يحيطون بالمال ، قال صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق » .

(5) مراده : الأعراب ، أها البادية .

(6) إذا ضربت أم الجنين ، أو خوفت فألقته ميتا ، وهي حية ، فعلى من فعل ذلك بها غرة من ماله .

وقد قال ابن عبد السلام : لم أر لأصحابنا في سنن الغرة حدا . أما الشافعي فيرى أن أقل سنها سبع سنين (حلي المعاصم : 356/2) . وتورث الغرة على ما فرض الله كما تقدم .

(7) المولود الذي يرث ويورث هو الذي يستهل صارخا .

ولا يقوم مقام الصراخ الحركة والعطاس إلا أن يطول ذلك أو يرضع المولود (قوانين الاحكام : 291) .

[لا توارث بين أهل ملتين]

406 - ولا توارث بين المسلم والكافر البتة (8) .

ولا بين الحر والعبد (9) .

ولا بين رجلين اختلف مللها ، وإن جمعها جميعا مفارقة الاسلام (10) .

وكل من لا يرث فلا يحجب (11) .

[ميراث الذمي]

407 - وإذا مات الذمي فوجب ميراثه لورثته فأسلموا قبل القسمة : فإنهم يقتسمونه

على ما وجب من حقوقهم فيه قبل الاسلام .

إلا أن يكونوا شركاء لا كتاب لهم ولا ملة ، فيقتسمونه على حكم الاسلام (12) .

[لا ميراث بشك]

408 - وإذا مات الرجلان ، وكل واحد منهما وارث صاحبه ، ولا يدرى الميت قبل

(8) يروي أسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » البخاري ومسلم وأحمد .

(9) العبد لا يرث ، ولا يملك مالا ، وما يملك فهو لسيدته .

قال عليه الصلاة والسلام « من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » متفق عليه . (مسالك الدلالة : 342)

(10) روى عبد الله بن عمرو أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يتوارث أهل ملتين شيئا » أحمد وأبو داود .

(11) لا يحجب غير الوارث لأن اعتباره ساقط جملة فهو كاليت .

قال ابن أبي زيد في رسالته : « كل من لا يرث بحال فلا يحجب وارثا » .

يروي أنس بن سيرين أن عمر بن الخطاب قال : « لا يحجب من لا يرث » البيهقي (مسالك الدلالة : 343) .

(12) سئل مالك عن قوله صلى الله عليه وسلم « أيما دار قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار أدركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام » فقال : إنما ذلك لأهل الكتاب من المجوس والزنج وغير ذلك . أما النصارى فهم على موارثتهم ولا ينقل الاسلام موارثتهم التي كانوا عليها .

وعن ابن نافع وغيره من كبار أهل المدينة الحديث لأهل الكفر كلهم أهل الكتاب وغيرهم (المدونة : 88/3) .

صاحبه ، فميراث كل واحد منهما لورثته ، ولا يرث أحد منهما صاحبه ، لان الميراث لا يجرى بالشك (13) .

[الميراث في الولاء للأقعد فالأقعد]

409 - وإذا أعتق الرجل عبده ، ومات بعد ذلك على ابنين ، فمات ابن واحد بعد ذلك عن أربعة أولاد ، ومات الآخر عن ولد واحد . ثم مات المولى المعتق ، فإنما يرثونه لأن قعد كل واحد من الجد الميت مثل قعد صاحبه (14) .

(13) منهب مالك وأهل المدينة انه اذا مات اثنان يتوارثان ، ولا يُدرى أيها الذي مات قبل صاحبه ، فان ميراثهما جميعا لمن بقي من قرابتهما الوارثين ، أوليت المال ان لم تكن لهما قرابة ترث ، وهذه الصورة تقع في حرب أو غرق أو هدم (بداية المجتهد : 388/2) .

والأصل في عدم الارث للشك اجماع الصحابة رضي الله عنهم . وقد توفيت أم كلثوم بنت علي رضي الله عنه زوجة عمر بن الخطاب وابنها منه زيد في وقت واحد فلم يدر أيها مات قبل ، فلم يورث احدهما من الآخر . وذكر مالك في الموطأ : « أنه لم يورث من قتل يوم الجمل ويوم صفين ويوم الحرة إلا من علم أنه مات قبل صاحبه » (جاشية حجازي : 470/2)

(14) انظر (بداية المجتهد : 398/2) .

يرى مالك أن الولاء لأقعد الأولاد بالميت وإذا استويا في العدد كان الميراث بينهما بالسواء (المدونة : 81/3) .

باب أحكام المديان (*)

[ما يمضي من تصرف المديان وما لا يمضي]

410 - قال محمد : أصل مذهب مالك وجميع الرواة من أصحابه : أن المديان الذي لا وفاء عنده بما عليه من الدين ، لا يصح عتقه ، ولا هبته ، ولا كل ما فعله من باب المعروف ، ولا إقراره بالدين لمن يتهم عليه من صديق ملاطف ، أو ما يشبهه (1) .
وإيلاده لأمتة نافذ ، وهي له أم ولد ، لأن الوطء له مباح ، وما تولد عن الإباحة فحكمه الجواز والنفاذ .

وكذلك إقراره لمن لا يتهم عليه نافذ جائز ، لأن البيع والشراء له مباح غير محظور .

(*) صيغة المديان للمبالغة والمراد : المدين .

وهو ثلاثة أقسام :

- موسر قادر على الخلاص ، فمطله ظلم . قال صلى الله عليه وسلم : « مظل الغني ظلم » البخاري : 155/3 .

- معسر بالنقد وله عروض وأصول ، يحتاج لوقت لبيعها ، فيجب إمهاله .

- معدم وثبت عدمه بالبينة فينظر أيضا قال ابن عاصم :

ومن عليه الدين أما موسر فمطله ظلم ولا يؤخر

أومعسر قضاؤه إضرار فينبغي بشأنه الانتظار

أومعدم وقد أبان معذره فواجب انظاره لميسره

(البهجة - حلي المعاصم : 325/2) .

(1) ان المدين الذي احاط الدين بماله بأن ساوى او زاد تتعلق به أحكام . انظر تفصيلها في المصدرين السابقين و

(الشرح الصغير : 345/3) .

فإذا ضرب على يديه لم يجز إقراره ، ولا بيعه ، ولا شراؤه ، في ذلك المال الذي فُلس فيه (2) .

[ضمان مال المديان]

411 - وإذا وقف السلطان ماله للغرماء ، لبيعه ، ويقضي الغرماء ديونهم ، فأصاب المال مصيبة ، ففي ذلك اختلاف وتنازع بين أصحاب مالك .

وروى أشهب عن مالك أن مال الغريم المفلس (3) إذا جمع فأصابته مصيبة قبل أن يباع ، فهي من المديان المفلس كان عرضا أو عينا .

وقال ابن الماجشون : إذا قبضت يد الغريم عن المال ووقف للغرماء ، فالمصيبة منهم كان عرضا أو عينا .

(2) التفليس مانع من موانع التصرف المالي ، فهو حجر عليه في كل تصرف يضر بقرائنه . وتحل عليه ديونه . قال ابن عاصم :

وإن يكن للغرماء في امره تشاور فلا غنى عن عجزه
وحل ما عليه من ديون

(ن . م .) وانظر (مواهب الجليل : 32/5 وما بعدها) .

(3) قسم ابن عرفة التفليس الى أعم وأخص :

فالأول هو قيام ذي دين على مدين ليس له ما يفي به .

والثاني هو حكم الحاكم بخلع مال المدين لقرائنه لعجزه عن قضاء ما لزمه (حلي المعاصم - البهجة : 330/2) وما ذكره ابن حارث هنا الثاني .

وقال ابن أبي زيد في هذا الموضع : « من وجد سلعته في التفليس فاما حاصص والا اخذ سلعته ان كانت تعرف بعينها وهو في الموت اسوة الغرماء » .

والمذهب المالكي هو الذي مروى بين حالة وجود السلعة في الفليس وحالة وجودها في الموت .

أما الشافعي فيذهب الى أن رب السلعة احق بها مطلقا :

وأما أبو حنيفة فيقول : لا حق لرب السلعة في اخذها مطلقا (ابن ناجي على الرسالة : 304/2) .

وعلة التفريق عند المالكية بين حالة الفليس وحالة الموت : أن ذمة المفليس موجودة في الجملة . ولذا يتعلق بها حق

الغرماء . وأما ذمة الميت فقد انعدمت بموته (الصاوي على الشرح الصغير : 373/3) .

وذكر ابن رشد علة أخرى لتبرير وجهة النظر عند المالكية . وهي ان الفليس يمكن ان يثري فيتبعه الغرماء بما بقي

عليه . وهذا غير متصور بالنسبة للميت (بداية المجتهد : 239/2) .

وروى ابن القاسم عن مالك : أنه من المديان المفلس إن كان عرضا ،
وان كان عينا فالمصيبة من الغرماء . وبه قال ابن القاسم .

قال أصبغ : مصيبة مال المديان من المديان ، إن كان حيا مفلسا ،
وإن كان ميتا فمصيبة ماله من الغرماء ، لأن الميت لا ذمة له .

[أحقية الغرماء بعضهم من بعض]

412 - وإذا أفلس الرجل ، فكل من أدرك عين سلعته التي باع منه قائمة ، فهو أحق
بها ، إلا أن يرضى الغرماء أن يعطوه الثمن تاما وتكون لهم السلعة .

وإن كان المديان ميتا ، فلا حق لمن أدرك عين سلعته قائمة ، فإنما له ما صار في
المحاسبة (4) .

والصناع ومن في مثل معناهم ، ومن استؤجر على سقي حائط أو حمل متاع ، هم أولى بما
في أيديهم ، في الفلاس والموت جميعا ، حتى يقبضوا حقوقهم (5) .

(4) الأصل فيما تقدم ما أخرجه مالك في الموطأ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أيما رجل باع شيئا
فأفلس الذي ابتاعه منه ، ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا ، فوجده بعينه فهو أحق به . وإن مات الذي ابتاعه
فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء » .

قال مالك : وإذا وجد المشتري قد باع بعضه وفرقه فصاحب المتاع أحق به من الغرماء لا يمنعه ما فرق المتاع منه
أن يأخذ ما وجد بعينه ، فإن اقتضى من ثمن المتاع شيئا فأحب أن يردده ويقبض ما وجد من متاعه ، ويكون فيما لم
يجد أسوة الغرماء ، فذلك له (تنوير الحوالك : 167/2) .

وانظر شرح قول خليل : « وللغريم أخذ عين ماله المحاز عنده في الفلاس لا الموت » في (مواهب الجليل :
50/5) .

(5) جاء في المدونة : أن الصناع أحق بما أسلم اليهم في الموت والفلاس ما كان بأيديهم لأنه كالرهن .
ولاحظ ابن رشد أن الصناع أن عمل الصنعة ورد المصنوع لصاحبه ، ولم يكن له فيها إلا عمل يده ، كالخياط ،
فالمشهور أنه أسوة الغرماء (التاج والاكلیل : 54/5) وانظر (بداية المجتهد : 322/2) .

ولا يكون الصناع أحق من الغرماء بما صنع في هذه الحالات التالية :

- إذا لم يكن الشيء المصنوع تحت يده ، بأن يكون قد رده إلى ربه قبل فلسه .

- إذا كان المصنوع مما لا يحاز كبناء أتمه .

- إذا كان الصناع يقوم بالصنع في محل صاحب الشيء المصنوع ويبقيه عنده .

(الشرح الصغير : 376/3 - 377) .

22- أ أما الذي آجر حانوته أو داره ، أو استؤجر على رحيل/إيل ، أو نحو ذلك ، فهم أسوة
الغرماء في الفلس والموت جميعا .

وكل من عامل المفلس بعد التفليس ، فهو أحق بما في يديه من المال من الغرماء الأولين
الذين فلسوه .

إلا أن يكون الذي في يديه من المال فائدة استفادها ، فيكون الغرماء الأولون والآخرون
في ذلك أسوة .

باب الحالات (*)

[أحكام الحميل بالوجه]

413 - قال محمد : أصل مذهب مالك في هذا الباب : أن الحميل بالوجه (1) غارم للمال ، إن لم يأت بالذي تحمل بوجهه ، إلا أن يشترط أنه لا شيء عليه من المال ، فله شرطه (2) .

وإن مات الحميل ، فلا شيء على ورثته ، إن كان قد اشترط ألا مال عليه إن لم يأت بوجهه .

وإن لم يشترط ذلك ، أخذ الدين من تركته ، إلا أن يأتي الورثة بذلك المديان ، وإن شرط أنه لا مال عليه ، وإنما عليه وجهه ، فالقول قوله إنه لم يجده (3) .

(*) الحالة لغة : الحفظ .

وشرعا : هي الضمان والكفالة . وهي التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره ، وطلبه من عليه من هوله . وهو ضمان وجه ، وضمان مال ، وضمان طلب (الشرح الصغير : 430/3 ؛ حلي المعاصم : 187/1) .
(1) المراد بالوجه الذات ، وهو مجاز مرسل من إطلاق اسم البعض وإرادة الكل ، ولا يلزم هذا الضمان إلا أهل التبرع كضمان المال (الصاوي : 450/3) .

(2) إذا اشترط الحميل أن : لا شيء عليه من المال ، فهو ضمان طلب ، وهو القسم الثالث من أنواع الحالات بأن يقول الحميل : أضمن وجه المدين بشرط عدم غرم المال إن لم أجده أو لا أضمن إلا وجهه (الشرح الصغير : 452/3) .

(3) قال ابن القاسم في العتبية يحلف الضامن بأنه لم يقصر في طلبه وأنه لم يعلم له موصفا . (ن ، م : 453/3) .

وإن صح عليه أنه يخبر به ، ولم يأت صاحبه به ، ضمن المال .

وإن علم أنه في مكان من الأمكنة ، حمل الحميل الخروج اليه ، فإن أتى وقال : لم أجده في المكان ، وكذبه رب الدين ، فالقول قول الحميل ، إذا غاب مدة يمكن أن يبلغ في مثلها ذلك المكان .

ولا يبرأ الحميل بالوجه إلا أن يدفع الغريم (4) الى رب الدين في موضع يصل به الى السلطان (5) .

وإن دفعه اليه في مفازة أو فتنة . له يبرئه لك .

وإن دفعه اليه في وقت يصل به الى السلطان ، فأبى أن يقبله منه ، أشهد عليه وبرئ منه (6) .

[أحكام الحميل بالمال]

414 - والحميل بالمال لا يبرئه أن يأتي بالذي تحمل به الى صاحبه ، ولا يبرئه إلا وصول الدين الى ربه (7) .

ولا يؤخذ الحميل بالغرم إذا كان الذي عليه الدين ملياً حاضراً ، وإنما يغرم إذا غاب أو إذا فلس .

وقد كان مالك يقول : يأخذ أيها شاء ، ثم رجع الى هذا (8) .

(4) يريد : المدين لا رب الدين كما يفيد السياق .

(5) انظر : (ن ، م) .

(6) قال ابن القاسم : ان دفعه اليه بموضع لا سلطان به ، أو في حال فتنة أو في مفازة أو بمكان يقدر الغريم على الامتناع منه لم يبرأ منه الحميل حتى يدفعه اليه بموضع يصل اليه وبه سلطان فيبرأ (التاج والأكيل : 114/5) .

(7) اذا اختلف الحميل ورب الدين في الحالة هل هي بالمال أو الوجه . فالقول قول الضامن بيمينه ، لأن الطالب يدعي عمارة تمة الأصل براءتها (الشرح الصغير : 459/3 الهامش) .

(8) قال البناي : والقول المرجوع عنه هو الذي جرى به العمل بفاس . وهو الأنسب بكون الضمان شغل ذمة اخرى بالحق (الصاوي على الشرح الصغير : 339/3) .

وهذا اذا لم يشترط الدائن ان يأخذ دينه من أيها شاء ، أو ان يشترط تقديم الضامن في الأخذ منه ، أو ان يضمن الحميل المدين في حال الحياة والموت والحضور والغيبة واليسر والعسر (الشرح الصغير : 439/3) .

[ضمان الحميل]

415 - وإذا قال الرجل للرجل : دأين فلانا وعامله وأنا ضامن (9) لما يكون لك عليه ، فعامله ودأينه ، ثم أتى يطلب الحميل ؛

فإن أقر الحميل أنه عامله ، وإن له عليه من معاملته ما يدعيه ، لزمه غرمه .
وإن لم يقر بذلك لم يكن للطالب على الحميل شيء حتى يثبت أن له عليه حقا .
ولا يجب على الحميل حق بإقرار المطلوب للطالب بالحق إلا أن يثبته (10) .

قال ابن عبد الحكم : وقد قال غير ابن القاسم : إنه تلزمه الحماله بإقرار المطلوب ، وهو كالمأذون له في التجارة يقر بالدين ، فيلزم السيد ذلك في المال الذي بيد العبد أو في ذمته ، وليس له أن يفسخه ، ولا أن يكلف رب الدين البينة على إثباته .

[ضمان حميلين بحق]

416 - وإذا أخذ من غريمه حميلين بحقه ، فليس له أن يأخذ أحدهما إلا بنصف الحق .
إلا أن يكون أحدهما مفترقين في موطين ، فكل واحد منهما حميل بجملة الحق ، ويكون شرط عليهما إن كان أحدهما أخذا واحداً : أن كل واحد منهما حميل بصاحبه ، فيكون له أن يأخذ أيهما شاء بجميع الحق (11) .

(9) يجوز لمن قال لدائن : عامل فلانا وأنا ضامن ، الرجوع عن الضمان قبل المعاملة لا بعدها ، ولا بد من علم المضمون له بالرجوع ، والا لزمه الضمان (الصاوي على الشرح الصغير : 434/3) .

(10) يريد : إلا أن يثبت رب الدين البينة على الحميل .

(11) ينطبق الحكم السابق أيضا في صورة ما إذا تعدد الحملاء الغرماء بأن قال لهم : أيكم شئت أخذت منه حقي ، فله ذلك ، فيأخذ حقه من أحدهم ولو كانوا حاضرين جميعا وأملأه ، ويرجع الدافع منهم للحق على أصحابه كل واحد منهم بما يخصه من الدين .

أما الحملاء على مدين واحد فإن الدافع منهم لا يرجع على بقية الحملاء بل يرجع على الغريم فقط (الشرح الصغير : 445/3) .

وقال ابن جزى : إذا أخذ ضامنين بحقه فليس على أحدهما إلا نصف الحق ، إلا أن يكون في موطين فكل واحد منهما ضامن لجملة الحق ، وكذلك إذا ضمنا بحكم ضمان الخيار أو ضمن كل واحد الآخر (قوانين الاحكام : 354) .

وكل من تحمل عن رجل صداق امرأة أو ثمن سلعة في أصل العقد على وجه الحمل لا على وجه الحماله ، فهو لازم له في حياته ، وفي تركته بعد وفاته ،

فإن تحمل ذلك بعد العقد ففي ذلك تنازع بين أصحاب مالك :

ابن القاسم يقول : يلزمه في حياته ، ولا يلزمه إن مات .

وابن الماجشون يقول : يلزمه في حياته ، وبعد وفاته .

[الحوالة *]

[الحوالة الصحيحة]

417 - قال محمد : إنما اختلف قولها في هذا لاختلافها في أصل الحوالة .

منهـب ابن القاسم : إنه إذا أقال الرجل غريمه على رجل لا دين له عليه ، فإنما هي حمالة وليست بحوالة (1) .

إلا أن يشترط أنه بريء من مطالبته ، وتبين له أنه/لا دين له عليه . فيكون له ذلك [22 - ب] ويبرأ .

وإنما الحوالة الصحيحة عنده أن يحيله عليه ، وللمحيل على المحتال عليه دين ، ولا يغره من عدم ولا فلس (2) .

(*) الحوالة لغة : مأخوذة من التحول ، يقال : حول الشيء من مكانه : نقله ، وحول وجهه لفته .
وشرعا : صرف دين عن ذمة المدين بمثله الى ذمة أخرى تبرأ بها ذمة الأولى (الشرح الصغير : 423/3) .
وهي على نوعين : قطع ، واذن . انظر الأحكام المتعلقة بهذين النوعين في (قوانين الاحكام : 355) .
(1) إذا لم يكن على المحيل دين للغريم فهي حمالة ، أي كفالة وضمان ولو وقعت بلفظ الحوالة (الفواكه الدواني : 262/2) .

والفرق بين الحوالة والحمالة : أن الحوالة تبرأ بها ذمة من عليه الحق بخلاف الحمالة ، لأن الضامن يرجع بما ادى بعد اثباته الدفع (ن ، م) .

(2) إلا أن يكون المحيل عالما بأفلاس المحال عليه ، فله الرجوع عليه .
قال خليل : « ويتحول حق المحال على المحال عليه ، وإن أفلس ، أو جحد ، إلا أن يعلم المحيل بأفلاسه فقط (ن ، م) .

وقال ابن الماجشون : إذا أحاله ولا دين له على المحتال عليه فهي حوالة صحيحة .

[تأخير المطلوب تأخير للكفيل]

418 - وإذا أخر الطالب المطلوب ، فهو تأخير للكفيل ، إلا أن يقوم الكفيل فيقول : هو حاضر مليّ ولا آمن غيبته وعُدمه ، فإما أخذتَ حَقَّكَ ، وإما أبريتني بذلك من حقه ، إما قبض منه دينه ، وإما أبرأ الحميل (3) .

وقال غير ابن القاسم من الرواة : إذا أخر الطالب المطلوب وهو حاضر مليّ ، فهو إسقاط للحمالة عن الحميل (4) .

وذكر ابن القاسم : أنه إذا أخر الكفيل ، فهو تأخير للذي عليه الحق ، إلا أن يحلف أنه لم يرد تأخير الذي عليه الحق ، فإن لم يحلف لزمه التأخير .

(3) قال ابن القاسم : لو أخر الطالب الغريم كان ذلك تأخيراً للكفيل ، ثم للكفيل أن لا يرضى بذلك خوفاً من إعدام الغريم ، فإن لم يرضَ خير الطالب : فإما أبرأ الحميل من حمالته ونصَحَ التأخير ، وإلا لم يكن له ذلك إلا برضا الحميل ، وإن سكت الحميل وقد علم بذلك ، لزمته الحمالة ، وإن لم يعلم حتى حل أجل التأخير حلف الطالب ما أخره ليبراً الحميل وثبتت الحمالة (التاج والأكيل : 109/5) .

(4) قال غير ابن القاسم : إذا كان الغريم ملياً فاخره تأخيراً بينا سقطت الحمالة ، وإن أخره ولا شيء عنده فلا حجة للكفيل وله طلب الكفيل أو تركه (ن . م) .

باب الرهن (*)

[احتباس الرهن]

419 - قال محمد : أصل قولهم في الرهن : انه محتبس ما بني من الحق درهم ، وانه لا ينحل بعضه بأداء بعض الحق (1) .

[بيع الرهن]

420 - ومن قولهم : إن المرتهن لا يبيع الرهن ، وإن اشترط الراهن على نفسه للمرتهن أنه مسلط على بيعه عند حلول أجله ، ويرفع ذلك إلى السلطان ، فيكون السلطان هو الأمر ببيعه (2) .

(*) الرهن لغة : الحبس واللزم ، ومنه قوله تعالى : « كل نفس بما كسبت رهينة » أي محبوسة : المذتر : 38 .
وشرعا : قال ابن عرفة : « مال قبض توثقا به في دين » (حلي المعاصم : 157/1) .
وعند الرهن يلزم بمجرد العقد كالبيع (اسهل المدارك : 366/2) .

(1) قال في هذا المعنى ابن عاصم في تحفته :

والرهن محبوس بباقي ما وقع فيه ولا يرد قدر اندفع

جاء في المدونة : أن الرجل إذا رهن امرأته رهنا بكل مهرها قبل البناء بهائم طلقها قبل البناء فانه لا يأخذ الرهن بل يبقى كله رهنا بنصف المهر . وكذلك من قضى بعض الدين أو وهب له بعضه فان الرهن كله يصبح رهنا للجزء الباقي (حلي المعاصم : 169/1) .

(2) إذا حل أجل الدين ولم يقع الوفاء ، فاما ان يكون الراهن قد جعل للمرتهن بيعه ، فيكون له ذلك لاستيفاء الحق من ثمنه .

وإما أن لا يكون قد جعل له ذلك فيتولى بيع الرهن وكيل الراهن أو القاضي (قوانين الاحكام : 352) .

فإن باعه المرتهن دون أمر السلطان نفذ ، إذا لم يكن في ذلك تعد ولا محاباة (3) .
وقال أشهب : يضمن ، إلا أن يكون مكانا لا سلطان فيه .

[ما يلحق بالرهن وما لا يلحق من نسل وغلة]

421 - وإذا كان الرهن جارية أو ماشية ، فإن الأولاد والنسل رهن مع الأمهات ،
وهم - بخلاف الفلات من الغنم والعبيد والأشجار وغير ذلك - للراهن ، غير داخل في
الرهن ،
إلا أن يكون صوف الغنم قد تم في حين الارتهان ، فيكون رهنا مع الغنم .
[النفقة على الرهن وعلى الضالة] .

422 - وإذا أنفق المرتهن على الرهن ، فلا يكون فضل الرهون رهنا بالنفقة ، أذن له في
ذلك الراهن أو لم يأذن له (4) .

وليس ذلك كالضالة التي تكون رهنا بنفقتها .

والفرق بينهما : أن الضالة صاحبها مجهول لا يقدر عليه ، والرهن صاحبه موجود
معروف .

[ضمان الرهن]

423 - ومن حكم الرهن إذا كان مما يغاب عليه ، أن يكون مضمونا .

(3) لا تكونيد المرتهن الأمور بالبيع مطلقة في البيع حتى يتصرف بما يؤول الى هضم جانب الراهن ، ولهذا لا يضي
بيعه إذا كان فيه متعديا أو محابيا .

وكذلك لا يجوز له يئع الرهن بحنطة أو شعير أو عرض . ولا يبيع الا بعد الاشهار والاعلان ، ويضمن المرتهن ما
ضاع من ثمن الرهن الذي قبضه (مواهب الجليل : 25/5) .

(4) قال ابن القاسم : إذا أنفق المرتهن على الرهن بأمر ربه ، فهو سلف ، ولا يكون في الرهن إلا بشرط أنه رهن
(النوادر والزيادات : 120/4 أ . مخطوط دار الكتب بتونس 5730) .

وإن كان مما لا يغاب عليه ، فلا يكون مضمونا (5) .

[مال العبد المرتهن]

424 - وإذا ارتهن الرجل عبدا ، فسييل ماله كسبيله في البيع ، لا يدخل في الرهن إلا أن يشترطه المرتهن (6) .

[احكام الجارية المرتهنة]

425 - وإذا ارتهن جارية ثم أعتقها الراهن ، أو كاتبها ، أو دبرها ، فإن كان له مال عجل للمرتهن دينه ، وينفذ للراهن ما صنع (7) .

وإن وطئها فحبلت ؛ فإن كان متسورا عليها في حجاب المرتهن ، فسييله سبيل المعتق ، تكون له أم ولد ، ويعجل للمرتهن حقه إن كان الراهن موسرا ،

وإن كان معسرا لم تكن له أم ولد ، ويبيعت بعد أن تضع ما في بطنها في دين المرتهن .

وإن كان إنما وطئها الراهن بإذن المرتهن ، أو كانت مطلقة غير محتبسة في حجاب المرتهن ، ولا في زمام حوطته ، فهي خارجة من الرهن ، لأذن المرتهن للراهن في وطئها (8) .

(5) إذا تلف الرهن وهو بيد عدل أمين فإن ربه هو الذي يضمنه ، وأما إن تلف وهو بيد المرتهن فإن كان مما يغاب عليه كالثوب ، فإن المرتهن يضمنه لأن يده ليست مؤمنة ، وإن كان مما لا يغاب عليه كالعتار فإن ربه هو الذي يضمنه (الفروق للقرافي : 207/2) .

وقد انبنى الفرق بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه عند مالك على الاستحسان « ومعنى ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه ولا تلحق فيما لا يغاب عليه » (بداية المجتهد : 231/2) .

(6) جاء في الرسالة أن مال العبد لا يكون رهنا إلا بشرط دخوله في الرهن . فإذا اختلف المتراهنان في مال العبد فقال المرتهن : هو وماله رهن ، وقال الراهن : هو رهن دون ماله ، فالتول قول الراهن (أسهل المدارك : 370/2) .

(7) وإن كان الراهن معسرا ، تباع الجارية ويقضى الحق من ثمنها في رأي مالك (بداية المجتهد : 230/2) .

(8) جاء في المدونة في هذا الصدد : « من رهن أمة ثم وطئها فأحبها ، فإن وطئها بإذن المرتهن ، أو كانت مخرقة تنهب وتجيء في حوائج المرتهن فهي أم ولد للراهن ، ولا رهن للمرتهن . »

وقال غير ابن القاسم من الرواة : الحكم حكم واحد في ذلك ، كان متسورا في وطنها أو غير مستور ، كانت الجارية مصونة أو مطلقة ؛ لا تكون للراهن أم ولد ان كان معسرا ، وتباع للمرتهن في دينه .

[استعمال الرهن وإجارته]

426 - وانظر : فكل رهن احتيج الى استعماله ، أو الى إجارته ، فليتول ذلك المرتهن بأمر الراهن ،

فإن تولاه الراهن بأمره باستعماله ، أو عقد أجرته ، فالرهن غير صحيح ان قام غريم أو كان مفلسا (9) .

= وإن وطنها على وجه التسور والغصب بدون إذن المرتهن عجل الحق إن كان مليا ، وكانت له أم ولد ، وإن لم يكن له مال بيعت الجارية بعد الوضع وحلول الأجل ، ولا يباع ولدها وهو حر لاحق النسب ، فإن نقص ثمنها عن دين المرتهن اتبع السيد بذلك « (التاج والاكلیل : 12/5) .

وهناك أحكام تتعلق بوطء المرتهن للجارية الرهن ، انظرها في (أسهل المدارك : 377/2 ، 378) .
(9) إذا قبض المرتهن الرهن ثم أجره من الراهن ، أو أودعه عنده ، أو أعاره إياه ، أو رده اليه بأي وجه ، فقد خرج من الرهن كما جاء في المدونة .

وقال ابن القاسم وأشهب : إن قام المرتهن بعد ذلك فرد الرهن قضي له بذلك ، إلا أن يفوت بتحييس أو عتق أو تدبير ، أو بيع ، أو قيام غرماء (التاج والاكلیل : 12/5) .

[قبض العطايا شرط لنفاذها]

427 - قال محمد : أصل مذهب مالك بن أنس وجميع الرواة من أصحابه : أن الأحياس والصدقات والهبات والنحل وجميع العطايا ان لم تحز وتقبض عن صاحبها الذي أعطاها حتى مات أو فلس ، فإنها غير نافذة ولا جائزة (1) .

[تصرف المحبس في الحبس]

428 - وانظر : فكل حبس كان صاحبه يليه حتى مات .

فإن كان إنما كان يخرج غلته ، مثل أن يكون حائطا ، أو أرضا أو ما أشبهها مما يستعمل ، فكان يتقبض الغلة ، ويصرفها في الوجه الذي حبسه عليه ؛ فإن الحبس باطل (2) .

(*) الاحباس : جمع حبس ، يقال : حبسه أي وقفه .

وتعريفه شرعا : قال ابن عرفة : « إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تنديرا » .

خرج بقوله : « إعطاء منفعة شيء مدة وجوده » العارية والعمرى .

وخرج ببغية التعريف العبد المخدم حياته يموت قبل موت سيده لأنه غير لازم بقاؤه في ملك معطيه لجواز بيعه بالرضا .

ويرادف الحبس الوقف وهو من أعمال البر المندوبة (حلي المعاصم : 210/2) .

(1) هناك تفصيل في حكم حوز الحبس انظره في (الشرح الصغير : 116/4) .

(2) إذا لم يقع حوز الحبس حتى مات المحبس بطل الوقف ولو كانت غلته تصرف في الوجه المحبس عليه .

وكذلك يبطل الوقف قبل الحوز إذا حصل للمحبس مانع آخر من مرض أو تفليس ، أو سكناه الدار المحبسة قبل

تمام العام ، أو أخذه غلة الأرض لنفسه (قوانين الاحكام : 401) .

وإن كان إنما يخرج الأصل المحبس في نفسه ، مثل أن يكون فرسا ، أو سلاحا ، أو درعا ، أو ما أشبه ذلك ، فهو جائز .

[بيع المحبس واستبداله]

429 - ومذهب ابن القاسم : أن الدواب إذا ضعفت والثياب إذا بليت ، وكانت حبسا ، بيعت واشتري بثمن ذلك غيرها (3) أو عينَ بها في سواها (4) .

وقال غيره من الرواة (5) : هي بمنزلة الرباع إذا خربت لا تباع ، سبيلها الوقف لا تغير عن الحال الموقوفة عليه (6) .

وفي بقاء أحباس أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم خرابا يبابا أعظم دليل أن المحبس لا يباع وإن خرب (7) .

[رجوع المحبس الى محبسه]

430 - والأصل في رجوع المحبس الى المحبس أن تنتظر :

فإن قال : حبسا لا يباع ولا يوهب ، أو قصد به في تحبيسه قصدا لمجهول مثل : ابن السبيل والمساكين أو الأعتاب ، فإنها لا ترجع اليه أبدا ، وإنما ترجع إذا انقضى المحبس عليهم إلى أولى الناس بالمحبس ، كان المحبس حيا أو كان ميتا ، إذا كان أقرب الناس

(3) ذلك لأن منفعتها قد ذهبت ، كما يفهم من كلام ابن القاسم (أسهل المدارك : 104/3) .

(4) قال في الرسالة : ولا يباع المحبس وإن خرب ، ويباع الفرس المحبس يُكَلَّبُ يجعل ثمنه في مثله أو يعان به فيه (الفواكه الدواني : 180/2)

(5) هو ابن الماجشون انظر (أسهل المدارك : 104/3) .

(6) الوقف لا يباع ولا تغير صفته ، ويلزم من هدمه أن يعيده إلى هيئته الأولى . انظر (ن ، م : 103/3) .

(7) قال الامام مالك رضي الله عنه : « لا يباع العقار المحبس ولو خرب وبقاء أحباس السلف دائرة دليل على منع ذلك » .

قال النفراوي في تعليل هذا الحكم : « لعل وجه كلامه رضي الله عنه لما يلزم عليه من التطرق إلى بيع الأوقاف بدعوى الخراب ، والامام بنى مذهبه على سد الذرائع » . (الفواكه الدواني : 180/2) .

بالمحبس فقراء ، فإن كانوا أغنياء رجعت الى أقرب الناس من هؤلاء الأغنياء إن كانوا فقراء .

وإن كان إنما الحبس على عين واحدة ، أو على جماعة أعيان ولم يذكر أعقابهم ، ولا قال شيئاً مما ذكرته متقدماً ، فإنه يرجع اليه مالا من ماله ، ويرثه ورثته إن مات .

وقد قال أيضا : لا يرجع اليه إذا ساء باسم الحبس .

وإذا حبس على قوم بأعيانهم حبسا ، فإن كانوا يلون الحبس بأنفسهم ، ولا يليه غيرهم عليهم ، فمن مات منهم فنصيبه راجع الى أصحابه .

وإن كانوا لا يلون ذلك ، وإنما تقسم عليهم غلته عاما بعام ، فمن مات منهم فنصيبه راجع الى الذي حبسه .

هذا قول مالك الأول ، وقد رجع عنه وقال : من مات منهم رجع نصيبه الى أصحابه على كل حال ، كان الحبس مما يلونه ، أو مما تقسم عليهم غلته (8) .

ثبت الرواة على قول مالك الأول ، حاشا ابن القاسم فإنه أخذ برجوع مالك .

[من صيغ التحبيس]

431 - وإذا قال : هذه الدار حبس على ولدي ، دخل أبناء الأبناء وأوثر الأبناء ،

وذهب المغيرة إلى أنه يسوى بينهم .

قال مالك : وإذا حبس على ولده وولد ولده لم يدخل ولد البنات (9) . واعتل بزوالهم من ميراث الجد للأم .

(8) انظر شرح النفراوي لقول ابن أبي زيد « من مات من أهل الحبس فنصيبه على من بقي » (الفواكه الدواني : 179، 178/2) .

(9) روى ابن أبي زمنين : أنه لا يدخل أولاد البنات في الحبس إذا كان بلفظ : حبست على ولدي وأولادهم (التاج والأكلیل : 44/6) وانظر تفصيل ذلك في (البهجة وحلي المعاصم : 217/2) .

[تحبیس الدار للسكنی]

432 - وإذا حبس دارا على قوم يسكنونها ، فضاقت الدار عن سكنى جميعهم ، فطلب الباقون كراء حصتهم ، فلا كراء لهم ، إلا أن يموت بعض الساكنين ، أو يغيب غيبة لا ينوي الرجوع اليها ،

فان كان ينوي الرجوع ، فمكانه منها موقوف عليه .

باب الهبات (*)

[هبة العبد]

433 - قال محمد : قال ابن القاسم : إذا وهب الرجل عبده لرجل فلم يقبضه الموهوب له حتى أعتقه الواهب ؛ فإن العتق نافذ ، ولا شبهة للموهوب له ، فإن وهبه/الواهب أو تصدق به على رجل ثان ، فإن الموهوب له الأول أحق من الثاني . [23 - ب]

قال أشهب : إن قبضه الثاني فهو أحق من الأول .

وإن قتل هذا العبد الموهوب فقيمته للموهوب له دون الواهب .

وإن باعه الواهب نفذ ، وكان الثمن للموهوب له ، إذا علم بالهبة .

فإن كان لم يعلم بالهبة فله أن ينقض البيع (1) .

[هبة الغلة]

434 - ومن أصل قولهم : إنه إذا وهب ما في بطون غنمه ، أو صوفها ، أو لبنها ، أو ما

(*) الهبة من التبرعات المنسوبة كالصدقة ، لما فيها من المحبة والتأليف بين القلوب (الشرح الصغير : 139/4) .

وهي شرعا قال ابن عرفة : « تملك ذي منفعة لوجه المعطي بغير عوض » .
(1) انظر (قوانين الاحكام : 272) .

في رؤوس النخل ، جاز ذلك ، إذا قبض الأمهات وأصول النخل . هذا مذهب ابن القاسم (2) .

وقال أشهب : إذا وهب له ما في بطون غنمه ، فدفعت رقاب الغنم إلى الموهوب له ، لم يكن ذلك حوزا .

قال محمد بن إبراهيم بن المواز : قول أشهب هو الصواب ، لأنه لا حوز أوكد من العتق ؛

ولو أعتق ما في بطن أمته لم يتم عتقه إلا بعد الخروج ، لما يلحقه من الدين ويرده .

[اعتصار الهبة]

435 - قال محمد : ومن أصلهم : أن كل واهب وهب هبة ، فلا يجوز له أن يعتصرها (3) ، ولا يرجع فيها (4) ،

حاشي الأب والأم ، فيما وهبوه لأولادهم ، فإن الاعتصار لهم في ذلك جائز (5) ، على ما سنذكره من التفسير .

[اعتصار الأب]

436 - وأما الوالد (6) فيجوز له اعتصار ما وهب لابنه صغيرا كان أو كبيرا ، كانت للولد أم أو لم تكن (7) .

(2) انظر تفصيل ذلك في (المدونة : 330/4) .

(3) عرف ابن عرفة الاعتصار بقوله : « هو ارتجاع المعطي لعطيته دون عوض لا بطوع المعطي » (زروق على الرسالة : 196/2) .

(4) المذهب أنه لا رجوع في الهبة إذا حيزت بوجه صحيح (ن ، م) .

(5) ولا يشترط في ذلك أن يكون بلفظ الاعتصار وإنما يصح بكل ما يدل على الرجوع (حجازي على الأمير : 300/2) .

(6) المقصود به الأب فقط دون الجد وغيره لخبر « لا يحل لأحد أن يهب هبة ثم يعود فيها إلا الوالد » والظاهر أن ولي الأب كالأب (ن ، م) .

(7) يعتصر الوالد ما وهب لابنه سواء حاز الابن أم لا ، وسواء كان ذكرا أو أنثى ، غنيا أو فقيرا (مجموع الأمير : 300/2) .

وذلك ما لم يستحدث الولد ديناً ، أو ينكح ، أو يوطأ إن كانت جارية ، أو يبيع الهبة ، أو يرض الوهاب أيضاً ،

فإن كان شيء من ذلك لم يجز للأب الاعتصار ، لأن ذلك كله من فوات الهبة ، وإنما يعتصر ما لم يفت ،

إلا أن يكون وهب له وقد استدان أو نكح أو مرض ؛ فيجوز له الاعتصار ، لأنه حينئذ لم يداين ، ولم ينكح على تلك الهبة .

وإن أعطاه الأب عطية صدقة ، لم يجز له اعتصارها (8) .

[اعتصار الأم]

437 - والأم تعتصر ما وهبت لولدها ، صغيراً كان أو كبيراً ، إذا كان الأب حياً ،

فإن كان ميتاً ؛ لم تعتصر شيئاً من هبتها للصغار ، لأن الهبة للأيتام إنما هي على معنى الصدقة والصدقة لا تعتصر (9) .

وقال ابن الماجشون : لا تعتصر الأم ، إلا أن تكون الوصي ، أو لم تكن الهبة حيزت في حياة الأب (10) .

[حكم هبة الثواب]

438 - ومن أصلهم : أنه إذا وهب هبة يرى أنه أراد بها الثواب (11) من الموهوب له ،

(8) انظر تفصيل كل هذه الصور مع أدلتها الشرعية من الأحاديث النبوية وأقوال الصحابة والتابعين في (المدونة : 337/4 وما بعدها) .

(9) انظر (حجازي على الأمير : 300/2 ؛ زروق وابن ناجي على الرسالة : 198/2) .

(10) يرى ابن الماجشون : أن الأم لا تعتصر ما حاز عنها الأب لابنه ، أو الوصي ، أو ما حازه الولد لنفسه ، وإنما تعتصر الأم إذا كانت هي ولية ابنها فلم تخرج الهبة من يدها (ابن ناجي على الرسالة : 198/2) .

(11) يجوز للواهب شرط الثواب إذا قبل الموهوب له ، فيلزمه دفع ما عين ، كمائة دينار ، أو ثوب معين ، أو ذابة بعينها ، ويحصل ذلك ولو بالوصف . (حجازي على الأمير : 302/2 ؛ الشرح الصغير : 156/4) .

فله الثواب ، ان رضي الموهوب له ، والا ردها الى الواهب ، وان أثابه بأقل من قيمتها ، لم يجبر الواهب على قبول ذلك ، وانما يلزمه القبول اذا أثابه بمثل القيمة .

[فوت الهبة]

439 - فان فانت الهبة كان للموهوب له قيمتها ، الا ان يرضى الواهب بأقل من القيمة ، أو يرضى الموهوب له ان يشبهه بأكثر من قيمتها (12) .

قال محمد : الذي أعرف من مذهب ابن القاسم : أنه اذا وهب هبة ، واشترط فيها الثواب ؛ انه جائز .

على اني أعرف لسحنون قولاً : انه لا يجوز ان توهب الهبة ، ويشترط فيها الثواب ، لأن ذلك حينئذ يكون بيعاً بضمن مجهول (13) .

وانما يجوز من ذلك ما كان على سنته ان يهب ولا يذكر شيئاً ، ثم يكون على حكم الهبة للثواب على ما قد فسرته .

وهكذا ذكر عبد الملك بن حبيب في كتابه عن ابن الماجشون .

واذا حالت الهبة بزيادة في بدن أو نقصان فيه ، فقد لزم حكم الفوت (14) ، وليس حوالة الأسواق فيها فوتاً (15) .

(12) لا يلزم الموهوب له دفع اكثر من القيمة ولو كانت العادة كذلك ، كما لا يلزم الموهوب قبول أقل من القيمة (الفواكه الدواني : 173/2) .

(13) اعتبر الفقهاء هبة الثواب جائزة ، رغم كونها تشبه البيع الذي لم يعين فيه العوض ، وذلك تنزيلاً لها منزلة نكاح التفويض ، وهو جائز ، مع انه لم يذكر فيه قيمة المهر (ن ، م) .

(14) واذا فانت الهبة بزيادة أو نقص بيد الموهوب له فعليه قيمتها جبراً عليه . قال خليل : « ولزم واهبها لا الموهوب القيمة الا لفوت بزيد أو نقص » (الفواكه الدواني : 173/2) .

(15) قال ابن القاسم : لا ادري ما يقول مالك في الرجوع في الهبة اذا حالت اسواقها ، ولا أرى له شيئاً الا الهبة ، الا ان تفوت في بدنها بقاء أو نقصان (المدونة : 340/4) .

[الهبة التي لا ثواب فيها]

440 - ولا ثواب في الدنانير ، والدراهم ، ولا في الحلي المكسور من الذهب والفضة ، الا ان يشترط عرضا أو طعاما (16) .

ومن وهب لفنير هبة ، فلا ثواب له عليه فيها ، كان الواهب غنيا أو فقيرا (17) .

[هبة الفقير للغني]

441 - واذا اهدى رجل فقير الى رجل غني طعاما عند قدومه من سفره ، أو ما اشبهه : فلا ثواب عليه في ذلك ، وان كانت الهدية قائمة غير فائنة (18) .

[هبة الثواب كالبيع]

442 - قال محمد : وسيل الهدية وثوابها سويل البيعات في الحلال والحرام .

لا يجوز أن يعتاض من هبته في ثوابها/ ما لا يجوز أن يبيع به الهبة بدايد ، أو الى اجل ، [24 - أ.] وما أثار به الموهوب له الواهب بما يتعاطاه الناس ويتعاضون بمثله ، لزمه أخذه ، وما خرج عن ذلك لم يلزم الواهب أخذه .

(16) انظر (المدونة : 338/4) .

لا يجوز أن يناب عن الذهب فضة ولا عكسه لما يلزم عليه من الصرف المؤخر ، ولا عن العين من صنفها لما يلزم عليه من البدل المؤخر ، ولا عن الحيوان لحما من جنسه ، ولا عكسه لحمة بيع اللحم بالحيوان من جنسه . ولا يناب عن الطعام بالطعام الا بالعرض أو الدنانير لما يلزم عليه من ربا النساء . وانظر زيادة تفصيل ذلك من الصور والجزئيات الكثيرة مثل ما منع في الأرباب من رد الطعام بالطعام وغيره في (الفواكه الدواني : 173/2) .

(17) من وهب هبة لاجنبي والواهب غني والموهوب له فقير ، ثم ادعى الواهب بعد ذلك انه فسد بها الثواب لم يصدق ، وليس له ان يرجع في الهبة (المدونة : 339/4) .

(18) تصدق هذه الصورة على الرجل الغني اذا قدم من سفر فيهدي له جاره الفقير طعاما ونحوه . ثم يدعي الثواب كالاكساء وغيره من افعال الخير (ن . : 338) .

[الثواب المعيب]

443 - وما كان بالثواب من العيوب التي لا تكون مفسدة ، ولا يأنف الناس عن مثلها ، لزمه قبولها ، اذا كان الثواب المعيب كفاف النعمة (19) .

(19) اذا كان الثواب معيبا صح اذا وقى بالنعمة . وكذلك اذا كملها الموهب للواهب . وليس للواهب رد المعيب واخذ غيره سالما . كل ذلك ما لم يكن العيب فادحا كجذام وبرص ، فانه لا يجبر على قبول الثواب ولو كمل له النعمة . وهذا ما قرره اللبناني (حجازي على الأمير : 302/2) .

باب حوز العطايا

[حوز العطية]

444 - قال محمد : أصل مذهب مالك بن أنس وجميع الرواة من أصحابه : أن من وهب هبة ، أو أعطى عطية ، فليس له أن يمنعها عن الموهوب له ، ولا المعطى ، ولهم أن يقوموا عليه في قبضتها ، فيجبره السلطان على دفعها .

فان حال دون ذلك مرض ، لم يجز أن تنبض في المرض (1) ، لأن المرض من أسباب الموت ، وبالموت تبطل ، ولكن يوقف ذلك ، فان أفاق قبضت ، وان مات بطلت (2) .

الا ان تكون الهبة أو العطية في المرض : فلا يضر ذلك ترك النبض ، لأن العطية في المرض إنما هي بمعنى الوصية (3) .

(1) المقصود منه المرض الذي يخاف عليه في العادة كالحمى والسل وذات الجنب وما أشبه ذلك ، فهذا هو الذي يحجر عليه ، فيمنع مما زاد على قدر الحاجة من الأكل والشرب والكسوة ، ومما يخرج من ماله بغير عوض كالهبة والعق قال خليل : « وعلى ذي مرض يميت عادة » (حجازي على الأمير : 133/2) .

(2) اذا مات الواهب قبل الحوز ، تبطل الهبة ، الا اذا كان الموهوب له جادا في طلبه غير تارك له فلا تبطل ، وهو رأي ابن الفاسم .

وظاهر كلام ابن حارث انها تبطل أيضا ، وهو رأي ابن أبي زيد القيرواني وابن الماجشون (ابن ناجي على الرسالة : 196/2) .

(3) سيأتي الكلام على أحكام الوصية في باب الوصي .

[حوز الأب لأولاده]

445 - وكل ما وهب الأب لولده الصغار (4) ، فقبضها لهم ، فهو جائز (5) ،

حاشي الدنانير والدرهم ، فانه لا يجوز ذلك الأب لولده الصغار ، وان طبع عليه ، وان أُلقي بعد موته مطبوعا .

هذا مذهب ابن الناسم وغيره من المصريين (6) .

وقال ابن الماجشون ومطرف : هي جائزة اذا ختم الشهود عليها ، ويجدت كذلك مختوما عليها بعد موته (7) .

واما غير ذلك من العروض والمناشية وما شاكل ذلك ، فانه إنما أبرزه من سائر ماله ثم حازه لهم ، فهو جائز .

وان كبروا ، وصاروا الى حال الرشد ، فلم ينبضوا لانفسهم حتى مات ، بطلت العطية ،

وكذلك ان كانوا في حين العطية كبارا ، ثم لم يحوزوا حتى مات الأب بطلت العطية (8) .

(4) المراد بالأولاد الصغار من كانوا دون البلوغ ، وأما الكبار فهم البالغون الرشداء . هذا بالنسبة للذكور ، أما البنات ، فانه يجوز لهن اذا كن ابكارا ، والوصي ومن يجوز امره على الصغار حكمه حكم الأب .
(زروق على الرسالة : 198/2) .

(5) يكتفى في الحوز بالاشهاد ، الا في دار سكناه فلا بد من الاخلاء ، ومعانية الشهود لها خالية من شواغلها . وينع في الاشهاد رفع يد الملك ووضع يد الحوز (ابن ناجي وزروق على الرسالة : 198/2) .
قال الفيلاي :

ونفذت هبة دار السكنى وتركها الواهب عاما أغنى
في الحوز ان قامت بذاك بينة فلا يضر عوده بعد السنة
كبر موهوب له أو صفرا والوقف كالمهبة فيما ذكرنا

(6) انظر (قوانين الاحكام : 272) .

وردت : المصريين ، بالأصل : البصريين .

(7,8) انظر ايضا : (ن ، م) .

وإذا كان ابنه الصغير عبدا مملوكا لم يجزان يحوز له الأب ما وهبه له ، لأنه لا يلي له نظرا (9) .

[موت المَهْدِي قبل وصول هديته]

446 - وإذا أهدى الى رجل هدية ، أو بعث اليه ببعثة ، فمات المهدى أو المرسل قبل وصول ذلك الشيء الى من بعث اليه :
فإن كان أشهد عليها عند إخراجها وارسالها ، فهي جائزة ، والرسول قابض لذلك المبعوث اليه .
وإن كان لم يشهد فهي مردودة . وإن قبضها المبعوث اليه ردها (10) .

وكذلك ينول ابن الناسم فيما يشتريه الناس في الموسم لأهلهم ، إن شهدوا عليه ، فهو نافذ ، وإن مات قبل وصوله ،
وإن لم يشهد ، فلا ينفذ الا بالتبض .

وروى عبد الرحمن بن أبي جعفر الدمياطي في سماعه عن ابن الناسم وأشهب : أن ذلك إنما هو فيما اشتراه لمن يليه من ولده وأهله ، وأما من لا يليه من ولده وأهله ، فلا يجوز لهم من ذلك شيء ، وإن أشهد عليه حتى يخرج ، ويجعله على يدي غيره .

وكذلك إذا دفع الرجل الدنانير الى الرجل ليتصدق بها عنه ، ويفرقها في المساكين :
فإن كان قد أشهد عليها فهي جائزة ، وإن لم يشهد عليها فهي مردودة فإن أنفنها النأمر فهو ضامن .

[هبة العبيد]

447 - فإذا وهب عبدا له مرهونا لرجل ، فليس قبض المرتهن للموهوب له قبضا ،

(9) لا يصح حوز الأب لابنه الصغير العبد ولو أشهد ، لأن الذي له حق الحوز هو سيده الذي يملكه ، إلا أن يكون الأب وصيا (المدونة : 336/4) .

(10) ترجع الهبة في الصورة المضمة الى ورثة الواهب ، كان الموهوب له معينا أم لا .
ولومات المرسل اليه المعين قبل إيصال الهبة له من ربها أو رسوله فإن الهبة تبطل إن لم يقع الأشهاد عليها ، فإن أشهد صحت وانتقلت لورثة الهالك ، (الشرح الصغير : 143/3) .

ومتى قام الموهوب في قبضه جبر الواهب على افتدائه (11) .
وكذلك ان لم يكن مرهونا ، وكان مستأجرا (12) فليس حوز المستأجر للعبد بحوز .

وقال أشهب : هو له حوز .

وكذلك ان وهبه عبده المفسوب ، فلا يكون حوز الغاصب للعبد حوزا للموهوب له (13) .

وقال أشهب : هو له حوز كالذي يهب الدين ، فانما قبضه قبوله ، والاشهاد عليه (14) .

[24 - ب] قال ابن الناسم : وان وهبه عبده / وقد أخدمه قبل ذلك رجلا ، فان قبض المخدم وحوزة قبض للموهوب ، كانت الهبة مع الاخدام معا أو كانا في وقتين مختلفين .

قال ابن الماجشون : ان كان ذلك في عند واحد ، فحوز المخدم للموهوب العبد بعد رجوعه .

وان كان ذلك في عندين ، فليس حوز له بحوز .

قال ابن الناسم : وكذلك ان وهبه عبدا معارا ، فان حوز المستعير حوز للموهوب له .

(11) فرق مالك بين المرتهن والمخدم ، فلم يعتبر قبض المرتهن للموهوب له قبضا ، واما المخدم فاعتبر قبضه قبضا للموهوب له .

وأساس هذا التفريق هو ان المخدم لم يجب له في رقبة العبد حق ، أما المرتهن فحده في رقبة العبد فلا يكون قبضه قبضا . وبه قال أشهب على ذلك (المدونة : 329/4) .

(12) من اجر شيئا لشخص بأجر معلوم ، ثم وهبه لغيره ، لم يكن حوز المستأجر حوزا للموهوب له قبل قبضهم المستأجر . وقد فرق الصاوي في حاشيته بين حوز المستأجر والمستعير . انظر (الصاوي : 148/4) .

(13) قال ابن الناسم : ان كان الغاصب لم ينقبض للموهوب له ولم يأمره الواهب أن يحوزها للموهوب له ، فيجوز إذا كان غائبا .

فان كان الموهوب له حاضرا غير سفيه ، وأمر الواهب رجلا يقبض ذلك له ويجوز له ، لم يجز هذا ، فالغاصب ليس بحائز .

ثم قال ابن الناسم : الا ترى لو أن رجلا استخلف على دار له خليفة ثم تصدق بها على رجل آخر وهي في يد الخليفة ، ان قبض الخليفة ليس حيازة للموهوب له ، ولا للمتصدق عليه (الشرح الصغير والصاوي : 147/4) .

(14) انظر (ن . م) .

وفي الديوان المستخرج من الأسمعة : اذا أودع عبده رجلا ثم وهبه بعد ذلك لرجل ،
قال : ان علم بذلك المودع فهو حائز للموهوب له ، وان لم يعلم ، لم يكن له حائزا (15) ،

[جعل الدار المتصدق بها عند رجل]

448 - واذا تصدق على رجل بدار ، وجعلها على يدي رجل ، والمتصدق عليه حاضر ،
فهي جائزة ،

الا ان يكون قال : لا تدفعها الى فلان إلا بأمرى ، فهي غير نافذة (16) .

[الإشهاد في الهبة]

449 - واذا أقر الواهب أن الموهوب قبض الهبة ، لم ينتفع بذلك الموهوب حتى يعاين
الشهود القبض .

[حيازة الأرض الموهوبة]

450 - واذا لم يكن للأرض الموهوبة وجه تحاز به ، ولم يكن إبان الكراء فتكرى ، ولا
وقت عمل فتعمل ، ولا لها غلق فيغلق عليها ؛ فحكمها حكم الدين حيازته قبوله
والاشهاد عليه .

[حوز الأم لولدها]

451 - ومن قولهم : إن الأم لا يكون حوزها حوزا لولدها فيما وهبته لهم من مالها
كالأب ، إلا أن تكون وصيا أو وصي وصي (17) .

(15) انظر (الشرح الصغير وحاشية الصاوي : 146/4 - 147)

(16) انظر (المدونة : 330/4) .

(17) قال الفلالي :

ولا تحوز لابنها ما تهب الأم ما لم يلك أوصاها الاب

وما ذكره ابن حارث والفلالي رواية ابن القاسم عن مالك .

وقال مطرف وابن الماجشون : حيازة الأم لهم حيازة جائزة فيما وهبت هي لهم أو غيرها وإن لم تكن وصية عليهم
(شرح عمليات الفلالي : 395) .

باب أحكام الوصايا (*)

[الوصية بأزيد من الثلث]

452 - قال محمد : أصل مذهب مالك بن أنس وجميع الرواة من أصحابه : أن الموصي إذا أوصى بأكثر من ثلث (1) ماله ثم مات ، إنه يقال للورثة : هل تجيزون ما أوصى به صاحبكم ؟ فإن أجازوا جازت الوصية (2) .
وإن أبوا أن يجيزوا : قيل لهم فاخلعوا ثلث جميع ما تركه الميت ، وابدؤوا به إلى أهل الوصايا يتحصون فيه ، فإذا تحصوا أهل الوصايا في الثلث نظر إليهم : فمن كانت وصيته في عين شيء (3) مثل دار أو عبد أو ثوب ، أخذ ما ينوبه في الحصص في عين ذلك الشيء .

(*) الوصية : تعليق مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع .

وحكمها الندب وتعميرها بقية الأحكام الخمسة . وفي الحديث « ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عند رأسه مكتوبة » البخاري (ابن ناجي على الرسالة : 169/2) .

(1) الأصل في تقييد الوصية بثلث مال الموصي هو ما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم : « أنه لما عاد سعد بن أبي وقاص فقال له : يا رسول الله قد بلغ مني الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي أفأتصدق بثلثي مالي ؟ فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ، فقال له سعد : فالشطر ؟ قال : لا ، قال : فالثلث ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الثلث والثلث كثير . إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس » البخاري ومسلم وأحمد .

وهي لا تجوز لو ارث لقوله صلى الله عليه وسلم « لا وصية لوارث » إلا إذا أجازها الورثة (بداية المجتهد : 266/2 و267) .

(2) ذهب بعض العلماء إلى أن ما زاد على الثلث باطل ولو أجازته الورثة ، لأنه عند فاشد منهى عنه (ابن ناجي : على الرسالة : 170/2) .

(3) المقصود من (عين شيء) الرقاب . والوصية فيها جائزة باتفاق (بداية المجتهد : 367/2) .

وان كانت وصيته في غير عين (4) مثل دينار أو غلة أو خدمة ، ضرب في جميع مال الميت .

[ما يخرج من رأس المال]

453 - ومن أصل قولهم : إن كل ما أراد الميت أن يخرج من رأس المال على حكم الصحة مما يتم فيه ولا يجوز إقراره به ، فلا يكون في ثلث ولا في رأس مال ، لأنه لا يكون في الثلث إلا ما أريد به الثلث .

وكل ما أراد إخراجه من رأس المال على حكم الوصية ، فإنه جائز في الثلث ، وإن بلغ قدره الى رأس ماله ينفذ منه ما حمل الثلث فقط (5) .

[الوصية في ثلث المال المعلوم للميت]

454 - وكل ما يخرج من ثلث الميت ، فلا يخرج الا من ثلث ما يعلمه الميت من المال .

وأما ما لا يعلمه من ماله : مما يطرأ له ويظهر بعد موته ومما يشغله بالاقرار الذي لا يجوز وهو يرى أنه يجوز من رأس ماله على حكم الصحة ، كل ذلك لا يدخل فيه شيء من الوصايا ،

حاشى المدبر في الصحة لا غير ، فإنه يدخل فيما علم الميت وفيما لم يعلم من ماله (6) .

[ما يضرب في الوصية للأفعال التي لم تسم لها غاية]

455 - وكل ما أوصى به الميت من الأفعال التي لم يسم لها غاية ، مثل قوله : تصدقوا

(4) المقصود من (غير العين) المنافع وقد خالف ابن عبد البر جمهور المذهب فقال : الوصية بالمنافع باطلة (ن ، م) .

(5) أصل هذا الحكم أساسه حديث سعد بن أبي وقاص المتقدم : فإن كانت الوصية بأكثر من الثلث ولو يسيراً لم تصح ويبطل ما زاد على الثلث الا ان يميز الورثة ، وعندئذ يصبح ذلك عطاء منهم لأن الحق انتقل لهم . ويشترط في الورثة أن يكونوا بالغين رشداً لتصح منهم العطية (الفواكه الدواني : 2/145) .

ويروي في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « لا وصية لوارث الا ان يميز الورثة » الدارقطني .

(6) الفرق بين المدبر في حال الصحة والوصية : ان عقد التدبير لازم ، وأما عقد الوصية فهو منحل ، وللموصي الرجوع فيه ما دام حياً ، ولو اشترط على نفسه عدم الرجوع (ن ، م) .

كل يوم جمعة بدرهم عني ، وأوقدوا في هذا المسجد قنديلا ، وما شاكل ذلك ، فإنه يضرب له في المحاصة بالثلث كاملا .

قال عبد الملك بن الماجشون : وكذلك إن أوصى بوصايا ، كل واحدة منها لم يسم لها غاية . فإنه يضرب لجميعها بالثلث ، ويضرب لكل واحد منها بالثلث (7) .

[ترتيب الوصايا إذا ضاق بها الثلث]

456 - ومن أصل كلام ابن القاسم ومذهبه في أمهاته في باب التبديّة : إذا ضاق الثلث أن يبدأ بالمدير في الصحة (8) ، ثم الزكاة المفرط فيها إن أوصى بها (9) ، ثم الرقبة المبتوتة 2- أ | في المرض . والمهر في المرض معا ، ثم الوصية بالعبد/أن يعتق بعينه (10) والذي أوصى أن يشتري للعتق بعينه ، ثم المكاتب ، ثم الحج ، والرقبة بغير عينها .

قال اشهب : وزكاة الفطر بعد الزكاة المفروضة (11) .

واختلف ابن القاسم وعبد الملك في المدير في الصحة ، وصادق المرأة المنكوحه في المرض ان كان دخل بها . أيها يبدأ على صاحبه ؟

فقال ابن القاسم : يبدأ المدير ، لانه ليس له ان يدفع عن تدبيره ، فكذلك ليس له ان يدخل عليه مما يبدأ عليه فيمنعه العتق .

(7) مثال الوصايا التي لا غاية لها ولا أمد أن يقول الوصي : اعطوا المساكين كل يوم خبزة ، أو اسدوا كل يوم راوية ماء في السيل .

قال سحنون : فهذا كمن أوصى بثلث ماله فأما يحاص هذا بالثلث (المدونة : 304/4) .

(8) التدبير في حال الصحة مقدم على غيره من الوصايا التي في حال المرض ، لان تدبير الصحة لازم بخلافه في المرض فإنه متحل (الفواكه الدواني : 146/2) .

(9) هذا الحكم ما لم يعترف الوصي بحلول ما فرط فيه وبفائه في ذمته وبوصي باخراجه والا اخرج من رأس المال (ن . م) .

(10) العتق لعبد معين يبدأ على بمضر الوصايا لا على جميعها . لقد ذكر خليل الذي يقدم منها على الاطلاق مرتبة في قوله (وقدم لضيق الثلث فك الأسير الذي أوصى بفدائه ، ثم مدير الصحة ، ثم صديق المريض ، ثم زكاة أوصى بها الخ (ن . م) .

(11) انظر (المدونة : 298/4) .

قال عبد الملك : صدق المرأة المتزوجة في المرض من الثلث منام الدين من رأس المال .

واختلف ابن الفاسم وعبد الملك : في الرقبة التي يوصى بعينها ، وهي بغير عينها ،
والوصية بالدنانير والدراهم لرجل .

فقال ابن الفاسم : يتحصان .

وقال عبد الملك : تُبدأ الرقبة التي ليست بعينها ، فتعتق .

والذي سبق (12) عبد الملك بن الماجشون من التبدة في كتابه : التدبير في
الصحة ، ثم العتق البتل (13) ، التدبير في المرض ، ثم الزكاة ، ثم الموصى له بالعتق ، ثم
الذي أوصى ان لا ترى بعينه للعتق .

[الوصية بالكتابة أو العتق مع وصايا أخرى]

467 - وإذا أوصى بكتابة عبد ، أو بعتق عبد الى اجل ، أو عتق عبد بعد خدمة رجل
مدة ذكرها ، وأوصى وصايا وضاق الثلث .

فانظر : فان كان العبد هو الثلث وقفا ، نُفذت الوصية للعبد . وكانت كتابته أو غلته أو
خدمته هي باقي الثلث ، فيتحاصر صرفيها أهل الوصايا ، ان لم يحز الورثة وصية
صاحبهم .

وان كان الثلث أقل من رقبة العبد قيل للورثة : ان شئتم أجزوا الوصية ، والا فاعتشوا
من العبد ما حمل الثلث بتلا (13) ويستط سائر الوصايا (14) .

(12) زيدت (عند) بالهامش بخط مغاير .

(13) العتق البتل : الناجز .

(14) لبده بالعتاقة أساسه ما ورد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امر ان يبدأ بالعتاقة وقد صنع مثل ذلك أبو
بكر وعمر لأن الشارع متشوف للحرية (الزرقاني على الموطأ: 67/5) .

[الوصية في المرض]

58 . إذا كتب وصيته في مرضه ، وأشهد فيها ، ثم أفاق من مرضه ، ثم مات من بعد ذلك ووجدت الوصية ، فإن كانت مسجلة فهي نافذة ، وإن كانت موقوفة على شرط : إن مت من مرضي هذا ؛ فلا تنفذ ، إلا أن تكون على يدي غيره .

وإن كانت مسجلة لا شرط فيها ، وكانت على يدي غيره ، فأخذها منه ثم مات ، لم تجز ،

وقال ابن كنانة : إذا كتب وصيته في مرضه ثم مات بعد ذلك ، فإنها جائزة ، وإن كانت على يده ، وإن كانت على شرط ، لأن تركه لها رضى .

ولا مؤونة عليه لو أراد تبديلها في نحو الكتاب .

ولو كانت تلك الوصية التي على الشرط إنما كانت بأشهاد ظاهر في غير كتاب ، ثم أفاق ، ثم مات ، فإنها لا تنفذ ، لأنه لا يغير ذلك إلا بتعب ومؤونة ، ومشى على الشهود .

[الوصيتان المتلاحقتان]

459 - وإذا أوصى للرجل بوصيتين ، واحدة بعد أخرى ، فله الأكثر منهما ، إن كانت الوصيتان جميعا من جنس واحد ،

وإن كانتا من جنسين ؛ فله الوصيتان جميعا (15) .

[اذن الورثة بالايصاء باكثر من الثلث]

460 - وإذا اذن له بعض الورثة ، أو كلهم في أن يوصي بأكثر من ثلثه ، ففعل ثم مات ،

(15) مثال الوصيتين اللتين من جنس واحد أن يوصي لفلان بدنانير ، ثم يوصي له بدنانير هي أكثر من السابقة ، فإنه يأخذ الأكثر . ومثل الدنانير الحنطة والغنم وغيرها .

وأما لو أوصى له في المرة الأولى بدنانير وفي الثانية بغير الدنانير فإنه يأخذها جميعا (انظر المدونة : 313/4) .

فمن كان في عياله (16) منهم ، فلا تنفذ عليه اجازته لذلك ، ومن كان بائنا عنه (17) فذلك نافذ عليه .

[الوصية بشيء واحد لاثنين]

461 - وإذا أوصى لرجل بشيء ، ثم أوصى بذلك الشيء بعينه لرجل آخر ؛ فليس ذلك يرجوع ، وبشتركان فيه .

الا ان يقول : الشيء الذي أوصيت به لفلان ، فيكون ذلك رجوعا .

ولو أوصى لرجل بعبد ، ثم أوصى بعنته ، ثم أوصى به لرجل ، فان ذلك كله رجوع .

والفرق بين ذلك وبين ما تقدم ، ان العطايا يشترك فيها والعق لا اشترك فيه .

(16) الذين يكونون في عيال الموصي مثل الزوجة والبنات اللاتي لم يبن منه وكل ابن في عياله وان كان قد احتلم (ن . م : 317/4) .

(17) البائن عن الموصي من الأولاد الذين بانوا عن أبيهم أو أخ أو ابن عم ليسوا في عياله (ن . م : 317/4) .

باب حكم المريض (*)

[التصرف المالي للمريض]

462 - قال محمد : أصل مذهب مالك بن أنس وجميع الرواة من أصحابه : أن حكم المريض في مرضه كحكم الصحيح : في بيعه ، وشرائه ، وقبضه ، وإعطائه ، وإنكاحه ، [25-ب] وإقراره ، ووجوه/إنفاقه ما لم يكن في شيء من ذلك محاباة (1) يدخل في باب المعروف ، فان كان شيء من ذلك ، فهو في ثلثه (2) .

[طهارة المريض]

463 - وحكمه في باب فرض الطهارة ، إن لم يستطع أن يتكلفتها تولى ذلك عنه غيره .

(*) المريض على نوعين :

مريض لا يخاف عليه الموت غالبا ، كالابرص والمجنون وغير ذلك فلا حرج عليه أصلا . ومريض يخاف عليه في المادة ، وهو الذي يحجر عليه فيمنع مما زاد على قدر الحاجة من الأكل والشرب والتداوي وغير ذلك مما بينه المؤلف .

وعرفه خليل بقوله « هو ما حكم الاطباء بكثرة الموت فيه » وهذا يرجع الى معرفة الطبيب بان الهلاك به كثير . وعرفه مالك بانه « كل مرض أقعد صاحبه عن الدخول والخروج ، وإن كان جذاما أو برصا أو فالجا » . والمراد بكثرة الموت أنه لا يتعجب من صدوره عنه ولولم يغلب صدوره عنه ، اذ لا يلزم من الكثرة الظبية (مواهب الجليل : 78/5 : التاج والأكيل 75/5 : الزرقاني مختصر خليل : 390/5 : قوانين الاحكام : 237) . (1) المحاباة : هي البيع باقل من القيمة بكثير لقصد نفع المشتري ، أو الشراء باكثر من ذلك بقصد نفع البائع ، (البهجة ، وخلي المعاصم : 82/2) .

وتعتبر المحاباة من يوم فعلها لا من يوم الحكم (الزرقاني على المختصر : 391/5) . (2) اذا عاش المريض صحت أفعاله التي كانت قد منعت عليه في مرضه ونفذت من رأس المال . والحجر عليه في حال المرض انما هو لحق الورثة (قوانين الاحكام : 237) .

وإن كان لا يستطيع أن يمسه الماء تيمم (3) . فإن لم يطق أن يتكلف تولى ذلك منه غيره .

[صلاة المريض]

464 - وحكمه في فرض الصلاة : انه لا يكلف مشقة ، ولكنه يصلي كيف تيسر عليه (4) ، ولا سبيل الى تأخير الصلاة البتة (5) .

[زكاة المريض]

465 : وحكمه في الزكاة : انه اذا حلت عليه زكاة ماله ، وهو مريض ، فأخرجها ولم يؤخرها : انه جائز من فعله ، ويكون من رأس ماله .
وانما الذي لا يجوز له اخراجها ، وان أوصى ، فانما تكون من ثلث ماله الزكاة المفترط فيها .

[حج المريض]

466 - وحكمه في الحج : أن يُطاف به (6) ويُسعى ، وأن تُرمى عنه الجمار ، وعليه ان

(3) قال ابن عاشر :

فصل لحوف ضرا او عدم ماء عوض من الطهارة التيمما

وأصله قوله تعالى : « وان كنتم مرضى او على سفر او جاء احد منكم من الغائط أو لامستم النساء ، فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا » النساء 43 .

(4) قال مالك رحمه الله : « المريض الذي اشتد عليه القيام في الصلاة وبلغ منه ، والله اعلم بعذر ذلك من العبد . ومن ذلك ما لا تبلغ صفته فاذا بلغ ذلك صلى وهو جالس ودين الله يسر (الموطأ : 282/2) .

(5) يجوز للمريض ان يجمع ان يخاف ان يغيب على عقله أو ان كان الجمع أرفق به . ووقته في أول وقت الأولى وقيل في آخر وقت الأولى وأول وقت الثانية (قوانين الاحكام : 62) .

(6) المشي في الطواف والسعي واجب لا يسقط الا لعذر لما ورد عن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها قالت « شكوت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم اني اشتكي ، فقال : طوفي من وراء الناس وانت راكبة .. الحديث » الموطأ .

قال مالك : « المشي من شروط الطواف ، وهو كالقيام في الصلاة فان عجز كان كصلاة القاعد » ويعيد عنده ابدا ، الا اذا رجع الى بلده فان عليه دما (بداية المجتهد : 390/2) .

يتحرى وقت الرمي ، فيكبر على حسب ما كان عليه ان يكبر لو تولى رميها ، وعليه ان يريق دما اذا رميت عنه ولم يرمها (7) .

[صوم المريض]

467 - وحكمه في الصوم ان يفطر ما كان مريضا ، ويقضي ذلك أياما أخر كما قال الله لتعز وجل (8) .

[عطايا المريض]

468 - وجميع ما يُتَل (9) من الافعال التي لا تجوز الا في ثلثه ، وحكمها الوقف : لا يطلق عليها القول بانها جائزة لانها لا يحملها الثلث ، ولا يطلق عليها انها غير جائزة ، لان المريض قد يصح فتنفذ .

[من يلحق بالمريض]

469 - وكل من حضر الزحف (10) ، أو حبس للقتل ، أو قرب للقصاص ، أو لضرب مخوف (11) : فحكمه في افعاله حكم المريض ،

وليس حكم راكب البحر الهائل (12) كحكم المريض. هذا مذهب ابن القاسم .

(7) المقصود بالدم هنا الهدي لانه ترك واجبا ، ولا اثم عليه لانه معذور .

(8) رخص الله تعالى للصائم الفطر لأجل المرض . قال تعالى « فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر » البقرة 185 .

قال مالك رحمه الله : ان المريض اذا اصابه المرض الذي يشق عليه الصيام معه ، ويتعبه ويبلغ ذلك منه ، فليفطر (تنوير الحوالك : 28/1) .

(9) ما أنجز وتُفَد منها قطعا .

(10) يعتبر من حضر الزحف في حكم المريض ولو لم يصبه جرح بخلاف الحاضر في صف النظارة أو الرد . والنظارة هم الذين ينظرون المفلوج من المسلمين فينصرونه . والرد هم الذين يردون الفار من المسلمين أو يردون اليهم اسلحتهم (الشرح الكبير : 276/3)

(11) ألحق الفقهاء بالمحبوس حالة الوباء ونحوه ، ان اذهب نصف الناس أو ثلثهم وقالوا : انهم كالاصحاء حتى يصيبهم (الزرقاني على المختصر الخليلي : 390/5)

(12) الهول : المخافة من الأمر لا يدري ما يهجم عليه منه ، كهول الليل وهول البحر (اللسان : هول) .

وقال غيره : حكمه حكم المريض 13 .

وأما المجذوم والمفلوج ، فما كان من ذلك قد ألزمهم الفراش واقعدهم ، فأحكامهم احكام المريض (14) .

وما كان من جذام يابس او فالج غير متعد ، وكان اصحاب ذلك يدخلون به ويخرجون ، ويتصرفون ، فأحكامهم احكام الصحيح .

والمرأة الحامل حكمها حكم الصحيح ، ما لم تثقل ، فاذا اثقلت فحكمها حكم المريض ، اول احكام الثلث ستة اشهر (15) .

[نكاح المريض]

470 - نكاح المريض والمريضة غير منعقد ، وإن اذن له في ذلك الورثة .

فإن صح المريض منها ، فقد اختلف قول مالك في ذلك ، فمرة قال : لم يثبت ، ومرة قال : يثبت (16) .

وكيف تصرف طلاق المرأة ، وزوجها مريض - كانت طائعة أو كارهة ، أو كان ذلك الطلاق بسببها بفعل فعلته ، أو بغير سببها - فالميراث للمرأة قائم ، ان مات الزوج من ذلك المرض (17) .

(13) اختلفت الاقوال في راكب البحر متى يكون حاله كحال المريض . واظهر الاقوال انه إن كان في حال الهول هو كالمريض . وذلك لقوله تعالى : « وجاءهم من كل مكان وظنوا انهم احيط بهم » يونس 22 (التاج والاكيل : 78/5) .

(14) يعني الذي مرضه مخوف .

(15) تأخذ الحامل حكم المريض اذا دخلت في الشهر السابع ولو بيوم بان يكون قد مضى على حملها ستة اشهر كاملة . وقيل تلحق الحامل بالمريض عند انحاض فقط (الزرقاني على الخليل : 390/5) وهي في بداية الحمل لغاية ستة اشهر تكون في حال بشر وسرور قال تعالى « حملت حملا خفيفا فمرت به فلما أثقلت دعوا الله ربها لئن آتيتنا صالحا لنكونن من الشاكرين » الاعراف : 189 .

(16) المشهور في قول مالك عدم جواز نكاح المريض (بداية المجتهد 54/2)

(17) عن ابي سلمة ان عبد الرحمن بن عوف طلق امراته البتة وهو مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضائه

[حد المريض]

471 - وما وجب على المريض من الحدود ، أخرت حتى يُفريق ، حاشى الرجم ، فان سببه القتل به ، فلا معنى لتأخيره حتى يفريق .

[شراء المريض من يعتق عليه]

472 - وإذا اشترى المريض في مرضه بعض من يعتق عليه ، أعتق من الثلث ، وورث . هذا مذهب ابن الناسم .

ومذهب غيره من الرواة : انه يعتق من الثلث ، ولا يرث ،

قال غيرها من الرواة : يعتق من رأس المال ، ويرث .

ونال غيرهم من الرواة : ان كان هذا الوارث المشتري يحجب غيره من الورثة : فله ان يجمع ماله ، ويرث ما وجد ، ان وجد شيئاً .

وان كان لا يحجب غيره من الورثة : فلا يشتريه الا بالثلث ، ولا يرث .

[اقرار المريض بدين]

473 - وحكم المريض في اقراره (18) بالدين جائز ،

(18) اقرار المريض لا يخلو حاله اما ان يكون لاجنبي او لقريب وارث : فالأقرار للأول يمضي ، وللثاني لا يمضي ، قال ابن عاصم :

= عدتها وكان ذلك الطلاق الحاصل بطلب منها .

وان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المسمى ولها الميراث ولا عدة عليها . قال مالك : فان دخل بها كان لها الميراث وانهر كله . تستوي في ذلك البكر والنبيب (تنوير الحوالك : 93/2) .

وان يكن لأجنبي في المرض غير صديق فهو نافذ الغرض

ولصديق او قريب يورث يبطل ممن بكلالة ورث

بقيل : بل يمضي بكل حال .

ونظر شرح ذلك مفصلاً في (حلي المعاصم ، بالهجة 319/2)

الا لمن يتهم عليه ، من وارث او صديق ملاطف ، فلا يجوز من ذلك شيء ، الا ان يميزه الورثة .

وكل ما أقر به المريض من براءة لوارث من ضمان أو أمانة .

فانظر : فإن كان إنما أبرأه من شيء لو ادعى الوارث البراءة منه كلف على ذلك البينة ، فانه لا ينفعه اقرار المريض ، وعليه ان يقيم البينة على صحة ذلك ، وإلا غرم ،

وإن كان إنما أبرأه مما لو ادعى البراءة منه صدق بلا بينة ، فالأقرار له في ذلك نافذ .

وإذا أقر لامراته في مرضه بمهر/فان كان لها منه الناحية (19) وأولد ، فلا يجوز إقراره ، [26-أ]

وان لم يكن لها ذلك منه ، فهو جائز ،

ولا يراعى في ذلك الا في المرأة خاصة ، لا يراعى في سائر الورثة (20) .

[سهم المريض في الجيش]

474 - وحكمه اذا مرض في الجيش أن سهمه قائم .

(19) الخطوة ونظر التفصيل في الخامس الموالي .

(20) الزوجة المترها تعترها حالات فهي إما أن تكون متربة عنده فيمنع اقراره لها وجوبا ، ما إن كانت مبرضة
لزم الاقرار وصح ، وما إن كان حاها عند الزوج المريض مجهولا ففي ذلك تفصيل انظر المصدرين السابقين .
ما إقرار الزوجة المبرضة لزوجها ، فيفصل بين حبها له وبغضها ، وجهل الحال ، كما تقدم مع الزوج . قال ابن
عاصم في ذلك :

بحال الزوجة والزوج سواء

باب التداعي

[اختلاف المتبايعين في الثمن]

475 - قال محمد : أصل مذهب مالك بن أنس وجميع الرواة من أصحابه : أن المتبايعين إذا اختلفا في الثمن بعد انعقاد الصفقة بينهما ؛ فقال البائع : بعتُ بعشرة . وقال المشتري : اشتريتُ بشمانية : أنها يتحالفان (1) ويتفاسخان (2) ما لم تفت السلعة (3) ، فإن فاتت فذلك أصل تنازع فيه الرواة من أصحاب مالك . فذهب ابن القاسم : أنها إذا فاتت أن القول قول المشتري مع يمينه . وقال أشهب : يتحالفان ويتفاسخان على قيمتها ، وقيمتها إذا فاتت كييعها إذا حضرت .

وروى ابن وهب عن مالك : أن السلعة المختلف في ثمنها إنما التحالف والتفاسخ فيها ما دامت بيد البائع فإذا قبضها المشتري فالقول قوله وإن كانت السلعة في يده غير فائتة . قال محمد : وإلى رواية [شبطون] (4) كان يميل سحنون . واحتج لصحة ذلك محمد بن إبراهيم بن عبدوس فقال : إن طال فالقول قول البائع إذا كانت السلعة في يده من أجل المنع الذي له فيها . لأن منعه ألا يرجعها حتى يقبض الثمن ، فكان ذلك المنع شاهدا له في قوله كالمنع الذي يجب للمرتهن في الرهن ما لم

(1) يبدأ البائع بالحلف على الأرجح ، فالقول له بيمينه ، فإن نكل حلف المشتري وقضي بدعواه ولا يراعى الشبه ولا علمه عند القيام (الشرح الصغير : 250/3) .

(2) الفسخ يكون بحكم الحاكم أو تراض منهما عليه ، فإن لم يحكم به حاكم ولم يحصل منهما تراض به جاز لأحدهما الرضا بما أدها الآخر وتم البيع به ظاهرا عند الناس وباطنا عند الله (الشرح الصغير : 250/3) .

(3) فوت السلعة يكون بحوالة السوق ، وقيل : قبضها فوت (الشرح الصغير : 250/3) .

(4) علم من أعلام الفقه المالكي طمست حروفه بالأصل ولم يبق منها سوى (حطون) . ولعله ما أثبتناه .

بقبض دينه (5) ، فإذا زال ذلك المنع فإنما هو مدع بما لا يضر به المشتري فالقول قول المشتري .

قال محمد : لقول ابن عبدوس واعتلاله رونق لولا انه بضمحل عند التأصيل .
والصواب عندي ما قال أشهب بن عبد العزيز : إن القول قول البائع وإن فانت .
وبكلف المشتري إخراج القيمة ثم يتحالفان عليها .

والشاهد لصحة ذلك أن كل مفر لا يؤخذ إلا بإقراره وإن كلام المفر إن كان بعضه تتبع بعضا نسنا واحدا فإن آخره يعرف بأوله وأوله مضمن بأخره ولا يكون للمشتري أن ينكره عليه فيأخذه بأوله الذي بدعيه وبكذبه في آخره الذي ينكره .

مثل أن يقول : لفلان عندي عشرة دراهم زبوف أو عشرة دراهم غير درهم : فإن القول قوله في ذلك كله لأنه مقرر . لو لم ينكر بشيء لم يكن للمفر له عليه شيء . فإذا اقر طوعا فإنما يؤخذ بما اقر به .

وهذا البائع المختلف مع المشتري في الثمن قد تقدم له ملك السلعة وأقر له بذلك المشتري : فإنه إنما اقر بزوال ذلك الملك المتمد بشرط ، وهو الثمن الذي ذكره : فاما صدقه المشتري ، وإما كذبه : فإن صدقه دفع إليه ما بذكر من الثمن ، وإن كذبه رد عليه سلعته وليس له أن يفرق بإقراره فيأخذه بإقراره بالبيع ويرد عليه قوله بالثمن . وله جواز ذلك لانتفضت الأصول في باب الإقرار ولتغيرت الفتيا فيها .
وهذا الأصل أيضا منصرف على من ينكر التحالف والتفاسخ في البيع من أصل المذهب (6) .

قال موسى بن عبد الرحمن القطان : سألني محمد بن سحنون يوما فقال : ما تعدل في

(5) بذكر ابن رشد : « أن المشهور من قول ابن القاسم أن السلعة المبيعة المحبوسة بالثمن رهن به » (سهل المدارك : 222/2) .

(6) هنا تظهر عند ابن حارث نزعة الاجتهادية وميله إلى التأصيل في الفتوى ، فهو يناقش علماء المذهب في اجتهادهم وتعليقهم للأحكام ، ويميل إلى ما يراه صوابا موافقا للأصول التي كان مستوعبا لما مرجعها فروعها إليها .
وهذا يدل على مدى تفقه ابن حارث ومدى إدراكه لقواعد السرعة وسرورها وارتباط فروعها بالكليات العامة .

الرجلين يختلفان فيما يتبايعانه (7) فيقول احدهما : بعشرة ، ويقول الآخر : بعشرين ؟

قال : فقلت بتحالفان وبتفاسخان .

فقال لي : بقي عليك (8) .

قال : فقلت له : فما الجواب ؟

قال : فأبى ان يخبرني .

قال : فوجدت بعد ذلك تفسيرا لعبد الملك بن الماجشون في ذلك : انه انما بتحالفان اذا
:- ب | شبه ما قال كل واحد منهما/ وان اتى الآخر بما لا يشبهه ، فالتول قول صاحبه (9) .

[القراض بالفلوس]

476 - قال موسى : وسألني أيضا يوما فقال لي : ما تقول في القراض بالفلوس ؟
(10) .

فقلت : لا يجوز لانها مقام السلع .

فقال : بقي عليك .

قلت : فتجوز لأنها العين .

فقال : بقي عليك .

(7) في الاصل يتبايعان

(8) بربد : زيادة البيان .

(9) اختلاف المتبايعين بتصوريه ست صور ، خمس منها لها حكم واحد . انظرها في (قوانين الاحكام : 182)

(10) القراض حقيقته : تنمية العامل المال بالتجارة على جزء من الربح يتفقان عليه . وهو رخصة شرعية مباركة
لنوله صلى الله عليه وسلم : « ثلاثة فيهن البركة : البيع الى اجل ، والمقارضة ، وخطب الشعير بالبر للبيت لا للبيع »
رواه ابن ماجه (زروق : 157/2)

قلت : وما الوجه الثالث ؟

فأبى أن يميزه حتى رأيت في ذلك تفسيراً لبعض أصحاب مالك .

قال : ان كانت الفلوس قليلة : فهو جائز لان حكم قليل الفلوس حكم النفاق .

وان كانت كثيرة ، فلا يجوز لأن حكم كثير : الفلوس حكم البوار .

قال : فعلمت أنه هذا المعنى نحاس بن سحنون (11) .

[اختلاف المتبايعين في قديم العيب]

477 - قال محمد : ومن أصل قولهم في التداعي في العيوب (12) : ان ينظر :

فان قطع المشتري بعيب يعلم أهل المعرفة أنه من العيوب القديمة : وجب للمشتري الرد بلا يمين تجب عليه في ذلك ،

إلا أن يدعي البائع على المشتري ، أنه تبرأ اليه من ذلك ، وأنه اطلعه عليه فرضي ، أو سكت سكوتاً يلزمه في مثله الرضا ، فيجب عليه اليمين في ذلك .

وان قطع أهل المعرفة على أنه عيب حادث في اقل من المدة التي بين البيع والقيام : فالتول في ذلك العيب قول البائع بلا يمين .

(11) اختلف فقهاء المذهب المالكي في حكم الفراض . فقيل بالمنع وهو قول مالك وابن الناسم ، وقيل بالكراهة فله اللخمي ، وقيل بالجواز وهو لأشهب ، وقيده ابن رشد باليسير .

ونقل أن أوز من عمل به في الاسلام عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب رضي الله عنهم ، وقيل يعقوب مولى عثمان بن عفان ، عطاء عثمان مالا قراضاً على النصف لما امر عمر بالاخراج من السوق كل من ليس بقفيه (ابن ناجي على الرسالة : 157/2) .

يعني بالفقيه : العارف بأحكام البيوع .

(12) يشترط في القيام بالعيب شرطان :

- أن يكون العيب أقدم من التبايع .

- أن يكون المشتري غير عالم بالعيب حين التبايع (قوانين الاحكام : 195)

وإن شك أهل المعرفة فقالوا : يمكن أن يكون قديما ويمكن أن يكون حديثا : فالقول قول البائع مع يمينه على الثبات أن كان ظاهرا ، وعلى العلم أن كان باطنا (13) .

[الاختلاف في تمام البيع]

478 - ومن أصلهم : أنه إذا ادعى أحد المتبايعين تمام البيع ، وادعى الآخر نفيه بشرط يذكره ، أو خيار يدعيه : أن القول قول مدعي التمام (14) .

قال محمد : وانظر : فكل من جعل القول قوله في باب الدعوى فانما ذلك إذا ادعى ما يشبهه ،

حتى إذا ادعى ما لا يشبه مما لا يشك الناس في أنه كاذب ، فالقول قول صاحبه ،
إلا أن يدعي أيضا ما لا يشبهه ، فإذا ادعى ما لا يشبهه : عاد القول إلى أصله ، وكان القول قول صاحبه .

[اختلاف الأمر والمأمور]

479 - والأصل في تداعي الأمر والمأمور في الشراء والبيع : أن القول قول الأمر في البيع أن كانت السلعة قائمة ،

وإن كانت فائتة : فالقول قول المأمور مع يمينه .

وفي الشراء : القول قول المأمور ، لفوت الدينير والدراهم المشتري بها ذلك الشيء .

(13) إذا كان العيب مما يجهله الطرفان البائع والمشتري كالسوس في داخل الخشب فلا قيام للمشتري بالرد (ن.م.)
(14) يكون الحكم في البيع عند الاختلاف لمدعي البت ، وذلك لأنه الغالب عند الناس كمدعي الصحة دون مدعي الفساد للبيع ، ما لم يجر عرف بخلافه كأن جرى العرف بالخيار فقط ، فالقول قول مدعي الخيار .
وأما أن اتفق الطرفان على وقوع البيع على الخيار كل واحد منهما ادعاه لنفسه فنيل يحلفان ويتفاسخان وقيل يتحالفان ويكون البيع بائنا . والقول الأول هو الظاهر (الصاوي على الشرح الصغير : 256/2)

[الاختلاف في السلم]

480 - قال محمد : ومن أصلهم اذا تداعى المتعاملان في السلم أن ينظر :

فإن اتفقا في النوع والصنف واختلفا في وزنه ، أو كيله ، أو عدده : فالقول قول المسلم اليه .

وان اختلفا في النوع والجنس : تحالفا وتفاسخا السلم (15) .

[الاختلاف بعد القسمة]

481 - واذا قسم الشريكان شيئا كان بينهما ، فادعى أحدهما الغلط : لم يجز قوله (16) ، وكان القول قول صاحبه مع يمينه .

وان ادعى أحدهما شيئا في يد صاحبه ، وزعم أنه انما وقع في نصيبه دون نصيب صاحبه : فالقول قول الحائز لذلك الشيء ، وعلى مدعيه البينة .

فان لم يكن في حيازة واحد منهما تفاسخا للقسمة بعد تحالفهما (17) .

هذا مذهب ابن القاسم .

وقال أشهب : الذي في يديه ذلك الشيء المدعى ، هو المدعى وارى أن يتحالفا ويتفاسخا القسمة .

قال محمد بن عبدوس : وأما أنا فرأيت أن يكون ذلك الشيء المدعى بينهما نصفين ، كما كان بينهما في الاصل ، لان كل واحد منهما مدع على صاحبه في نصيبه منه .

(15) ينطبق الحكم المتقدم أيضا عند اختلاف المتداعين في قدر الثمن أو المثل أو قدر الاجل أو الرهن أو الحبل ولا فرق في ذلك بين بيع السلم والنقد (الصاوي على الشرح الصغير : 257/2)

(16) لا يقبل دعوى الغلط بين الشركاء الا اذا اتى مدعي الغلط بما يثبت قوله ، أو يتفاحش حتى يعلم أنه غلط لاشك فيه (المدونة : 249/4)

(17) اذا ابى أحدهما اليمين جعل الشيء المتنازع عليه للشريك الآخر بيمينه (ن م : 250)

[اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن]

482 - وإذا تداعى الشفيع والمشتري في الثمن ، فقال المشتري : اشتريت بكذا ، وقال الشفيع : بكذا . فالتول قول المشتري .

قال عبد الملك بن حبيب : وذلك إذا كان الذي يقول المشتري يشبهه ، فإن أتى بما لا يشبهه (18) ، رد إلى القيمة وخير/ الشفيع : فإن شاء أخذ ذلك وإن شاء ترك .

27-أ [وحكي عن مطرف بن عبد الله : أن القول قول المشتري وإن أتى بما لا يشبهه (19) .

وروى أشهب عن مالك : أنه إذا زعم المشتري أنه اشترى الشقص بمائة وهو لا يساوي إلا الشطر من ذلك أو أقل ، فإن حوله منبول إذا كان جاره ، أو ملك ما يشبه ذلك ممن يزيد في الدار مثل الغني زاد ضعفين أو أكثر ،

[مُدَّعي العلم مُقَدَّم على مُدَّعي الجهل]

483 - ومن أصولهم : أن كل من ادعى العلم في شيء ، وادعى صاحبه في ذلك الشيء الذي يتخاصم المدعيان فيه الجهل ، فإن القول قول مدعي العلم مع يمينه .

[الاختلاف في رد المصنوع]

484 - وإذا ادعى الصانع رد ما استصنعوا فيه ، وأنكر ذلك الدافع اليهم : فالتول قوله ، وعلى الصانع البينة لأنهم كانوا ضامنين [ما] في أيديهم (20) .

(18) معنى قوله يشبه أي يشبه أن يكون الثمن فيما يتعامل الناس فيه (المدونة : 208/4)
(19) إذا أقام كل من الشفيع والمشتري بينة وتكافأت البيتان في العدالة فالتول قول المشتري في الثمن وهما بمنزلة من لا بينة لهما لأن الدار في يد المشتري قال ذلك ابن القاسم (ن ، م : 209/4)
(20) وإذا اختلف الصانع والمصنوع له في صفة الصنعة فالتول قول الصانع ، وإذا اختلفا في دفع الأجرة ، فالمتشهور أن التول قول الأجير مع يمينه أن قام بحدنان ذلك وإن طال فالتول قول المستاجر (قوانين الأحكام : 205) .

وحكى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان الفول قول الصناع ان كان دفع اليهم وحاز منهم بغير بية . وإن كان إنما دفع اليهم بينة فلا يبرأون الا بينة .

الاختلاف بين المكري والمكثري

485 - وإذا تداعى الكرى والمكثرى ، او الاجير والمستأجر ، فيما سكن المكثري من السنة ، وفيما عمل الاجير من المدة ؛ فالقول قول المكثري والمستأجر اذا كانت السنة لم تتم ، وإن كانت السنة قد تمت باتفاقهما على اولها وآخرها ، واختلفوا في مقدار ما كانت الدار مهدومة او ممنوعة ، وفي مقدار مرض الاجير ، فالقول قول المكري للدار ، والقول قول الاجير .

وقال ابن الماجشون في هذا الاصل : القول قول المكثري لان الدار في يديه ، فهو مؤتمن عليها .

وكذلك العبد يستأجره من ربه فيختلفان عند انقضاء الأجل في أيام مرضه وذهابه

قال : فإن كان العبد في سائر السنة عند المستأجر فعمل عملا لا يدرىه ، فالقول قول المستأجر لأنه أمين عليه فيه

وأما إن كان لم يبيته أبدا عنده وإنما كان يأتيه لعمله كل يوم وبياته ومأواه عند ربه فالقول قول ربه .

وأما الحر يستأجره الرجل ثم يختلفان عند انقضاء السنة بأيام في أيام العمل ؛ فالقول قول الحر على كل حال ، كان مأواه عند المستأجر أو كان عند غيره .

[الاختلاف في المسافة والاختلاف في الثمن]

486 - وإذا اختلف المكري والمكتري في مسافة السفر، فإن كان ذلك قبل ركوب الدابة أو بعد ركوب قليل لا ضرر عليهما في الرجوع تحالفا وتفاسخا .

وإن كان قد سار كثيرا من الطريق أو قد بلغ المكان الذي يذكره المكري : فالقول قول المكري في المسافة ، والقول قوله في الثمن إن كان قد انتقده وكان يشبه ما قال ،

وإن كان لم ينتقده وكان لا يشبه ما قال : فالقول قول المكتري في ثمن ذلك ، وبعض الثمن على ما سار ، وعلى ما نقص في المسافة التي يذكر المكتري : فيكون للمكري بقدر ذلك ، ولا يلزمه أن يسير بالمكثري على دابته الى موضع لم يعرفه .

[الاختلاف في قبض أجر الصناع والعمال]

487 - وإذا ادعى الصناع أو العمالون بعدما دفعوا ما استُصنعوه واستُحْمِلوه الى أربابه : أنهم لم يقبضوا أجرهم على ذلك :

فإن كان قبيلهم بحدثان دفعهم : فالقول قولهم ،

وإن تطاول ذلك : فالقول قول صاحب المتاع والمستأجر أنه دفع الأجرة .

[الاختلاف في قبض دين الرهن]

488 - وكذلك المرتهن إذا قام في قبض دينه بعد رد ذلك الرهن الى الراهن : فإن قام بحدثان دفعه فالقول قوله .

[الاختلاف فيما يكون في الدار المكتراة]

489 - وإذا اختلف المكري والمكتري فيما يكون في الدار، فيقول المكري هو لي ، ويقول المكتري : بل هو لي : فالقول قول المكري في كل شيء يكون ثابتا في الدار كثبوت البنيان ، وما كان فيها ملقى غير مثبت فالقول قول المكتري فيه .

[الاختلاف في زرع الأرض]

490 - /واذا أزرع رجل أرض رجل ، وادعى عليه أنه أكرها منه وأنكر رب الأرض : [27 - ب]
فإن النول قوله ، ومن حنه أن يامر به بنلع زرعه أن كان ذلك في إبان (21) الزراعة ،

فإن فات إبان الزراعة فعلى الزارع فيها الأكثر من كراء مثلها ، أو مما أقر به الزارع أنه
أكرها به .

[ادعاء رد المكثري]

491 - ومن أكثرى دابة من رجل أو غير دابة ، ثم ادعى أنه رد ذلك إلى ربه :

فإن كان قبضه بيينة : فلا يبرئه إلا البيينة .

وإن كان قبضه بغير بيينة : فالنول قوله بغير بيينة . لأنه كان في ذلك أمينا (22) :
فحكمه حكم المودع يدعي ر الوديعة : فالنول قوله إن كان قبضها بلا بيينة ، وإن كان
قبضها ببيينة فليس النول قوله .

[الاختلاف في رد الرهن]

492 - وكذلك يجري هذا الكلام في المرتهن يدعي رد الرهن إلى صاحبه :
فإذا كان الرهن مما لا يغاب عليه ، مما يكون فيه ضامنا : فالنول قوله في رده ، إن كان
قبضه بغير بيينة ، وإن كان قبضه ببيينة : فلا يبرأ إلا ببيينة .

ولو كان إنما الرهن مما يغاب عليه ، مما يكون له ضامنا في تفويت : فلا يكون قوله إلا
ببيينة ، كان قبضه ببيينة أو بغير بيينة .

(21) في الاصل : ابن .

(22) هذا الحكم ينطبق على كل ما لا يغاب على صاحبه . أما ما يغاب عليه كالسبب والحلي فالنول لرب الشيء

بيمينه (الشرح الصغير : 4/74)

[الاختلاف في الصداق]

493 - ومن أصولهم المعروفة : أنه إذا اختلف الزوجان في الصداق : فإنها يتحالفان ويتفاسخان قبل البناء .

فإن ابتنى فالقول قول الزوج .
وكذلك إن كان اختلافها قبل الدخول إن كان طلقها ، قال ابن القاسم .

[العين في دعوى نكاح]

494 - وإذا ادعى الرجل على امرأة النكاح : لم يجب عليه عين في ذلك ، قال
سحنون : إلا أن يكونا طارئين .

[الاختلاف في إصابة العنين زوجه بعد الأجل]

495 - وإذا قال الزوج بعد أن ضرب له أجل العنين : قد أصبت . وقالت هي : لم
يُصب : فالتول قول الزوج أنه أصاب .

[ادعاء المرأة أن زوجها عنين]

496 - وإذا ادعت المرأة على زوجها : أنه عنين وأنكر ذلك الزوج : ففي ذلك اختلاف
من أهل المدينة .

ذكر عبد الملك بن حبيب : أن هذه المسألة نزلت بالمدينة وعاملها الحسن بن زيد بن علي
ابن أبي طالب فأحضر ابن أبي ذئب وابن أبي بسرة ومحمد بن عمران الطلحي ومالك وعبد
العزیز فبدأ بالترشيين وسألهم .

فقال ابن أبي ذئب : يدخل وإياها في بيت ، ويجلس رجلان ، فإن أخرج إليها شيئاً
فيه نطفة : كان القول قوله .

وقال ابن أبي بسرة : أرى ان يجعل في ذكره الزعفران ثم يخلى وإياها ، فاذا فرغ فيما يزعم أدخل اليها امرأتان ، فنظرنا الى المكان الذي لا يصل اليه الزعفران الا من وطنه ، فان وجدنا اثر ذلك : كان القول قوله ، وان لم يجدنا اثر ذلك فالتقول قول المرأة .

وقال محمد بن عمران الطلحي ، يدخلان الرجل والمرأة في بيت ، فاذا خرج الرجل أدخل الى المرأة امرأتان ، فان اغتسلت لوقت الصلاة صدق الزوج ، وان لم تغتسل صدقت المرأة ولا تتهم في ذلك .

قال : ثم أقبل بوجهه نحو مالك وعبد العزيز فقالا له : القول قول الزوج .
فقتضى بقولهما .

[الاختلاف في متاع البيت]

497 - واذا تداعى الزوجان في متاع البيت ، فكل ما يشبه أن يكون للرجال فهو للرجل الا ان تقيم المرأة عليه البينة .

وكل ما أشبه أن يكون للنساء ، فهو للمرأة الا أن يقيم الرجل عليه البينة (23) .

[الاختلاف في المسيس]

498 - واذا ادعت المرأة على زوجها بأنه مسها بعد عقد نكاح الزوج ذلك ، فالتقول قول الزوج ، الا ان يخلو بها ويطلق بابا او يرخي سترا ، فإن كان ذلك : كان القول قول المرأة ، كان ذلك في بيت أهل الزوج أو في بيت أهل المرأة ، وذلك اذا كانت خلوة الابتاء .

(23) قال ابن عاصم :

وان متاع البيت فيه اختلافا ولم تقسم بينة فتقتضى
فالتقول قول الزوج مع يمين فيما به يليق كالكين
وما يليق بالنساء كالحلي فهو لزوجة اذا ما تاتلى

واذا كان الشيء المختلف فيه لائقا بهما ، فانه يكون بينهما على قول المغيرة ، ويكون للزوج بعد يمينه على قول مالك وابن القاسم . واذا كان الزوج معروفا بالفقر ، فيكون القول قولها (احكام الاحكام : 96) .

28- [وان كانت انما هي /خلوة الاختلاب : فالتقول قول الزوج ان كان في بيت اهل المرأة ،
والتقول قول المرأة ان كان في بيته (24) .

قال محمد : حكى أبو العباس بن أبي طالب القاضي عن يونس بن عبد الاعلى عن
عبد الله بن وهب أنه قال : رجع مالك عن هذا القول ، وقال : القول قول المرأة حيثما
أخذهم الستر وكانت الخلوة (25) .

[الاختلاف في الطلاق وفي العتق]

499 - وإذا ادعت المرأة على زوجها الطلاق ، وادعى العبد على سيده العتق : فلا يمين
لها على الزوج ولا السيد ، الا أن تنيم المرأة او العبد شاهدا واحدا على ذلك : فتجب
اليمين على الزوج والسيد (26) .

وان نكل : قال مالك يحبس حتى يحلف .
وقد كان بنول : يطلق على الزوج ، ويعتق على السيد . وبذلك يقول اشهب ،

ثم رجع . مالك عن ذلك الى ما حكيت .

[ادعاء رجل على آخر أنه عبده]

500 - وإذا ادعى رجل على رجل أنه عبده ، فلا يمين له عليه ، فان اقام المدعي شاهدا
واحدا استحق بشهادته وبيمينه رقبته .

24) القول بالتفصيل المين اعلاه هو لابن القاسم (قوانين الاحكام : 149) وانظر (مواهب الجليل للسيناوي :
42/1) .

25) القول قولها على هذا الرأي ولو لم يقع البناء وهل ينجل قولها بيمين او بلا يمين ، خلاف في المذهب (قوانين
الأحكام : 226 : مواهب الجليل للسيناوي ، 42/1) .

26) ان لم تات المرأة بشاهد ، فلا شيء على الزوج ، وعليها منع نفسها ، وان حلف وادعت انه حنث فالتقول
قوله ، وكذا اذا حلف بالعتق وادعى العبد انه حانث (قوانين الاحكام : 170) .

فال مالك : « اذا ادعت امرأة الطلاق ، ولم يجد شاهدا ، فلا ياتئها الا مكرهة »
والحق ابن القاسم بذلك الامة التي تدعي العتق ، وقال : « اذا قدرت الحرة ان تفتدي بكل ماها فلتفعل »
(النوادر والزيادات : 53/4 . مخطوط دار الكتب بتونس 5730) .

قال محمد بن سحنون : وقال بعض الرواة : وذلك اذا كان الرجل معروفا بالرق واما إن كان ظاهر الحرية فلا يسترق بشاهد ويمين ، ولا يسترق الا بشاهدين عدلين .

[الاختلاف في العتق بمال]

501 - وإذا تداعى العبد المعتق وسيده المعيق ، فقال السيد : أعتقتك على مال جعلته عليك . وقال العبد : لم تجعل عليّ مالا .

قال ابن الناسم : القول قول العبد (27) .

وقال غيره من الرواة : القول قول السيد ، لأن من حق السيد أن يعتقه على مال جعله عليه .

[الاختلاف فيما وقعت عليه الكتابة]

502 - وإذا تداعى السيد والمكاتب فيما كاتب عليه ،

قال ابن الناسم : القول قول السيد .

وقال غيره من الرواة : القول قول المكاتب لأن الكتابة سبب العتق ، فكأنه قد فات .

[الاختلاف في حلول نجم الكتابة]

503 - وإذا تداعيا في حلول النجم ، فقال السيد : قد حل ، وقال المكاتب : لم يحل ، فالتول قول المكاتب (28) .

[الاختلاف في الحلف بالطلاق والعتاق]

504 - وإذا حلف بطلاق امرأته وبحرية عبده : ليفعلن فعلا الى أجل ، فمضى الاجل وقام العبد والمرأة ، فقال الزوج : قد فعلت الفعل الذي حلفت عليه ، وقالت المرأة ولعبد : لم تفعل ، فالتول قول السيد والزوج .

(27) انظر (قوانين الاحكام : 278)

(28) قال خليل : « والتول للسيد في نفي الكتابة والاداء لا النذر والاجل والجنس فكالبيع » أي يكون القول قول العبد إن اشبه ولو اشبه قول السيد (الشرح الصغير : 555/4)

هكذا قال سحنون بن سعيد .

وهكذا رأيت عبد الملك بن حبيب يقول في كتابه .

[الاختلاف بين الراهن والمرتهن]

505 - وإذا تداعى الراهن والمرتهن في الدين الذي وضع به الرهن : فالقول قول المرتهن الى مبلغ قيمة الرهن (29) .

وبيان هذا الأصل : أن يدعي المرتهن أن الرهن في ثلاثة دنائير ، وادعى الراهن أنه في دينار واحد ،

فإن كان الرهن يساوي ثلاثة دنائير : فالقول قول المرتهن مع يمينه ، ولا يمين على الراهن وقال له : إن أحببت الرهن فافتكه بثلاثة دنائير ، فإن لم يفعل بيع الرهن ،

وإن كانت القيمة دينارا واحدا : فالقول قول الراهن مع يمينه ، ولا يمين على المرتهن .

وإن كانت قيمة الرهن دينارين : فالقول قول الراهن مع يمينه ، وعلى الراهن اليمين في الدينار الثالث (30) .

وأما ينظر الى قيمة الرهن يوم التحاكم لا يوم التراهن (31) .

(29) هذا قول مالك ، وعمدته في ذلك أوضحها ابن رشد بقوله : « إن المرتهن وإن كان مدعيا فله ها هنا شبهة بنفل اليمين الى حيزه وهو كون الرهن شاهدا له » .

ومن اصول المذهب أن يحلف أقوى المتداعيين شبهة (بداية المجتهد : 230/2) انظر (قوانين الاحكام : 239) .

(30) أخذ المرتهن الرهن وثيقة بحنه ولا يتوثق حنه الا بمندار دينه فاكتر (حاشية الصاوي على الشرح الصغير : 341/3)

والرهن بالنظر لنيته كالشاهد للراهن او للمرتهن اذا اختلفا في قدر الدين فمن شهد له حلف معه ، وكان القول له لا العكس ، أي ليس الدين كالشاهد في قدر الرهن بل القول للمرتهن .. وتنتهي شهادة الراهن الى قيمة الرهن فلا يشهد بالزائد عليها (الشرح الصغير : 342/3)

(31) ينظر في قيمة الرهن يوم الحكم ، لا يوم الرهن ولا يوم قبضه اذا كان باقيا لم يتلف ، فإن تلف فيكون المعتبر في القيمة يوم الارتهان على الأرجح وقيل يوم قبض المرتهن وقيل يوم التلف (ن ، م) .

[الاختلاف في حلول أجل الدين]

506 - وإذا تداعى الراهن والمرتهن في حلول أجل الدين : فالتول قول الراهن ،

وقال أشهب : القول قول المرتهن (32) .

[الاختلاف في تعيين دين الرهن]

507 - وإذا كان له عليه مائتان : مائة بها رهن ، ومائة لا رهن بها ، فنضاه مائة ثم اختلفا ، فقال المرتهن : هي المائة التي لا رهن بها ، وقال الراهن : هي المائة التي بها الرهن ، جعلت المائة بين الدينين جميعا .

قال أشهب : وإذا [تناضيا] (33) كان النضاه منهما : فإن ادعيا أنها تباينا : فالتول قول المرتهن .

[ادعاء الرجل ان ما تلفت بيده وديعة]

508 - وإذا كان على يدي رجل ثوبان فضاع احدهما ، فقال رب الثوب : كان التالف في يدك رهنا ، وهذا/الباقى وديعة . وقال الذي ضاع في يديه : الثوب التالف كان وديعة ، [28 - ب] والباقي هو الرهن .

قال ابن القاسم : كل واحد منهما مدع على صاحبه ، وصاحب الثياب يدعي على الذي ضاع في يديه تضمين الضائع ، فلا يقبل قوله . والضائع في يديه الثوب يدعي ان الباقي هو رهن ، فلا يقبل قوله .

(32) يعتبر عند الاختلاف في أجل الرهن قول الراهن لان المرتهن قد اقر ان الحق انما كان لأجل ، وهذا الحكم فيما لو كان الراهن اتى بأمر لا يستنكر بان ادعى أجلا يشبه ان يكون القول قوله ، اما اذا ادعى أجلا بعيدا يستنكر فلا يصدق في دعواه .

ومعنى الاجل القريب الذي لا يستنكر أن تباع سلعة بذلك الثمن في ذلك الاجل .

ومعنى الاجل البعيد المستنكر أن يبيع سلعة لا تباع بذلك الثمن في ذلك الاجل (المدونة 4/158) .

(33) الكلمة مطبوعة بالأصل ، واعتمدنا فيما أثبتناه على قول أشهب الوارد في (أسهل المدارك : 370/2) .

[الاختلاف بين عامل القراض ورب المال في نسبة الربح]

509 - وإذا تداعى العامل في القراض ورب المال ، فقال رب المال : انما تعاملنا على أن يكون لك الثلث ولى الثلثان ، وقال العامل على أن يكون لك الثلث ولى الثلثان ، فقال : القول قول العامل من أجل كون المال في يديه (34) .

[اختلاف رب الثوب والصباغ]

510 - وإذا اختلف رب الثوب والصباغ ، فقال : أمرتك ان تصبغ ثوبي لون كذا ، وقد تعديت ، اذ صبغته على غير ذلك اللون ، وقال الصباغ : لم أتعد : فالقول قول الصباغ .

[الاختلاف في مال القراض]

511 - وإذا قال رب المال للعامل : هذا المال الذي في يدك هو مال القراض ، وقال العامل : بل هو ربحي ؛ فالقول قول رب المال ما دام في يد العامل من ذلك المال شيء (35)

[تداعى الشفيع والمشتري في القسمة]

512 - وإذا تداعى الشفيع والمشتري : فقال المشتري اشتريتُ مقسوما ، وقال الشفيع : مشاعا ؛ فالقول قول الشفيع ، لان المشتري قد اقر بالاشاعة ، ويدعي القسم فعليه البينة .

(34) يكون قول العامل عند التنازع في جزء الربح بمينه ، والحال ان المال بيده او الجزء المتنازع فيه ، او كان وديعة عند اجنبي .

(الشرح الصغير : 708/3) .

قال ابن عاصم :

والقول قول عامل ان يختلف في جزء القراض او حال التلف .

(احكام الاحكام : 246،245) وانظر (التاج والاكلیل : 370/5)

(35) على العامل الذي يدعي أن المال الذي بيده ربحه البينة على ذلك (المدونة : 68/4) انظر (مواهب .

الجليل : 371/5)

[تداعي الورثة والموهوب له]

513 - وإذا تداعى الورثة والموهوب له ، او المتصدق عليه ، فقال الورثة : انما قبضت ذلك في مرض صاحبنا او بعد موته ، وقال الموهوب له : بل قبضت ذلك في حياة الميت ، وفي حال الصحة : فالتقول قول الورثة ، وعلى المتصدق عليه ، او الموهوب له ان يثبت تصحيح قبض الهبة او الصدقة . هكذا ذكر ابن الماجشون .

وقال أصبغ : القول قول من هو في يديه ، وعلى الذي يريد إبطاله البينة .

[اختلاف المرتهن والغرماء في وقت قبض الرهن]

514 - وكذلك اختلفوا في الرجل يتقبض الرهن ، ويدعي : انه قبضه في وقت يجوز له قبضه ، ويدعي الغرماء انه قبضه في وقت لا يجوز له قبضه : القول في ذلك كالقول فيما تقدم .

[اختلاف الفادي والمفدى]

515 - وان أفتوا الرجل من أرض الحرب مسلما حرا ثم اختلف الفادي والمفدى فيما فداه به : فالتقول قول المفدى ، كان ما أقر به قليلا او كثيرا ، لانه لو انكر الفداء البتة ، لم يلزمه شيء .

[اختلاف الزوجين في النفقة]

516 - واذا ادعت المرأة على زوجها عند قدومه من سفره انها انفقت على نفسها ، وادعى الزوج انه كان يرسل النفقة اليها : فالتقول قوله ، الا ان تكون المرأة قد استعدت السلطان في غيبته فيكلف الزوج البينة (37)

(36) استعدى عليه السلطان أي استعان به فأنصفه (اللسان : عدا) .

(37) يكون القول قول الزوج ايضا مع يمينه اذا ادعت انها انفقت على نفسها في غيابه وادعى هو انه ترك لها النفقة ما لم تكن رفعت امرها للحاكم فتقوى بذلك دعواها ويرجع القول قولها مع يمينها ايضا . ومن كان القول قوله من الزوجين مع يمينه فله أن يرد اليمين على الآخر (ميارة على تحفة الحكام : 253/1) .

[اختلاف السيد وأمه في الولد]

517 - وإذا اعتق الرجل أمته ، ثم تداعيا في ولد في يديها ، فقالت : ولدته بعد العتق .
وقال السيد : بل ولدته قبل العتق : فالقول قولها ان كان الولد في يديها ، وان كان الولد في يد السيد : القول قوله .

[تداعي الوصي والموصى عليهم بعد بلوغهم]

518 - وإذا تداعى الوصي والاطفال بعد بلوغهم فقال الوصي : انفقت عليكم كذا وكذا وقال الاطفال : لم تنفق علينا شيئا . فالقول قول الوصي ان كان المتولي لحضانتهم (38) ، وان كان غيره يتولى منهم ذلك : فلا يصدق ، الا ان يصدقه من كان يتولى حضانتهم ويقر أنه كان يقبض منه النفقة (39)

[التداعي في الجراح]

519 - وإذا ادعى رجل على رجل أنه جرحه هذه الموضحة التي في رأسه ، وأنكر الآخر . فان ثبت انه كان بينهما مضاربة ومقاتلة ثم خرج منها مجروحا : فالقول قول المدعي لما ثبت من المقاتلة بينهما .

[التداعي في الوطء]

520 - وكذلك الرجل يثبت عليه أنه احتمل امرأة وأدخلها بيته ، ثم تخرج المرأة فتدعي أنه وطئها : فالقول قولها ، ويجب عليه الصداق ، إلا أنه لا يجب عليه الحد (40) .

(38) انظر (الفواكه الدواني : 251/2)

(39) اذا تنازع الوصي مع المحجور عليه في اصل الاتفاق او في قدره او فيهما : فالقول قوله بشروط ثلاثة : كون المحجور في حضنته ، وان يشبه فيما يدعيه ، ويحلف ، وان اختلفت الشروط او كان المحجور عليه في حضنة غيره فلا بد من البيّنة (حاشية الصاوي والشرح الصغير : 611/4) .

(40) من الشروط التي يجب ان تتوفر ليقع تنفيذ عقوبة الزنا : الطوع فلا يحد المكره على احد قولين . واختار اللخمي نفي الحد مع قوله بإثم المكره ، اما سحنون ومطرف فقالا بحد المكره (تبصرة ابن فرحون : 257/2)

[تنازع الاولاد في دين ابيهم الميت]

521 - واذا مات رجل وترك ولدين، فقال أحدهما : مات أبي نصرانيا وأنا على دينه وميراثه لي ، /وقال الآخر : مات ابي مسلما ، وأنا على دينه ، وميراثه لي . [29 - أ]

قال ابن القاسم : الميراث بين الابنين نصفين ، فان أقام كل واحد منهما البينة على دعواه وتكافأت سقطت ، وقسم الميراث بينهما (41) .

وقال غيره من الرواة : بينة الاسلام أحق .

قال محمد : بيان الجواب : أن ينظر فان كان الاب معروفًا بالنصرانية ، فالقول قول الابن الذي يدعي النصرانية ، والآخر مدع في الاسلام ، فان أقام بينة بالاسلام قضي بشهادتهما ولم تعمل البينة في الشهادة على النصرانية لأن بينة الاسلام قد وافقتها على أن الاب كان نصرانيا ، ثم زادت العلم بأنه ترك النصرانية وأسلم .

قال ابن القاسم : فإن أقام المسلم البينة أن أباه صلى عليه المسلمون ، وأنه دفن بين قبورهم لم يكن في ذلك حجة على النصراني .

قال محمد : وانما مخرج هذا الكلام على أن النصراني كان غائبا ، واما ان كان حاضرا ، فلا حجة أبلغ من رضاه بصلاة المسلمين على ابيه وبدفنهم اياه بين قبورهم .

وان كان الاب معروفًا بالاسلام ، فحكم الابن المدعي النصرانية حكم المرتد ،

وان كان الاب طارئا ، فالجواب على ما تقدم من كلام ابن القاسم في صدر المسألة .

[تداعي الورثة وزوجة الميت]

522 - واذا تداعى ورثة الميت وزوجته ، فقال الورثة للزوجة : كنت أمة اذ مات ، وانما

(41) يرى ابن القاسم في مسألة التداعي في الميراث ان كل مال لا يعرف لمن هو ، يدعيه رجلان ، فيقسم بينهما ، كما يرى ان صلاة الناس على الميت الذي ادعى ابنه انه نصراني ليست بشهادة (المدونة : 85/3)

عتقت بعد موته ، وقالت الأمة : بل انما عتقت قبل موته ، والميراث لي معكم واجب ؛
فالنول قول الورثة ، لان الاصل في الامة الرق وسقوط الميراث ، فعليها ان تبين الوجه
الذي يجب لها به الميراث .

ولو كان اختلاف الورثة مع امرأة حرة الاصل فنالوا : طئلك في صحته ثلاثا ، وقالت :
بل انما طئنتني واحدة ومات قبل ان تنفضي عدتي ؛ فالنول قول المرأة ، لان اصل الحكم
فيها وجوب الميراث ، وليس يؤخذ باكثر من اقرارها بما أقرت من طلاق واحدة . وعلى من
يريد إخراجها من الميراث البينة .

[الاختلاف في بيع الأمة وتزوجها]

523 - قال محمد : ومن مسائلهم المشهورة المدونة في كتبهم : الرجل تكون له الأمة ،
فينول : بعثتها من فلان وأولدها ، وينول الآخر : لم تبعها مني ، وانما زوجتها مني ؛
فالحكم في ذلك ان الجارية موقوفة الاحكام لا يتسلط عليها ملك حتى يموت الذي زعم انها
له زوجة ، فتكون بموته حرة ، وذلك لما عنفد على نفسه مالکها من الاقرار أنها أم ولد للذي
هي في يديه تعتق بموته .

وحكم الولد أنهم أحرار لاقرار مالک أمهم أحرار ؛ لم يجز له في رقابهم ملك قط .
واختلف فيما ينبغي ويحل من وطء هذه الأمة في مدة وقفها .

فقال ابن التماس : يتأدى الذي له الامة في يديه على وطنها لانها متفنان في اباحة الوطء
وجوازه .

وقال سحنون : توقف عن الوطء لما فيه من الاختلاف في الحكم .

[ميراث الجارية]

524 - وان ماتت الجارية قبل موت الذي هي في يديه ، وتركت مالا ؛ استوفى منه السيد
المتر بالبيع والمدعي مبلغ ما ادعاه من ذلك والباقي للذي كانت في يديه ، ان شاء اخذه ،
وان شاء وقف له .

وان كان موت الجارية بعد موت الذي كانت في يديه ؛ فلا شيء للاول من تركتها ، لانه
يترأى ميراثها ليس له ، ولا انه من مال الذي كانت في يديه ، وانما هو مال قوم آخرين .

[التداعي في الشيء الواحد]

525 - ومن الأصول في باب التداعي ، تداعي الرجلين في الشيء الواحد ، ينول كل
واحد منهما : هو لي بجميعه دون صاحبه .

فانظر : فإن كان ذلك الشيء المدعى في أيديهما جميعا : حلف كل واحد منهما لصاحبه
فيما يدعيه عليه من نصيبه الجائز له/دونه . [29 - ب]

فإن حلفا : كان ذلك الشيء بحسبه بينهما نصفين (42) .

وان نكلا جميعا ، فكذلك ايضا .

وان حلف أحدهما ونكل الآخر : فهو للحالف لجميعه .

وان كان ذلك الشيء في يد رجل آخر غيرهما :

فإن كان ذلك الرجل الحائز يدعيه لنفسه : فهو له دونهما ، ويحلف لهما ،
وإن كان لا يدعيه لنفسه : فهو لمن أقر له به منهما ،

وإن كان لا يدعيه لنفسه (43) ولا يتربه لأحد منهما وكان في يديه على وجه اللنطة وما
اشبهها : اجتهد السلطان في ذلك نظره ، فإن رأى ان يوقفه وقفه ، وإن رأى أن ينسبه
بينهما بعد أيمانها قسمه .

(42) في فسمة الشيء المدعى فيه الذي يكون بأيدي المدعين جميعا ، تفصيل وأقوال انظر ذلك في (تبصرة ابن
فرحون : 308/1)

(43) قال ابراهيم بن فرحون : اذا تداعى الرجلان شيئا في يد من لا يدعيه لنفسه لم يحكم به لاحدهما الا بيينة .
فإن اقام كل منهما بيينة نظر الى اعدلها فحكم بها ،
فإن تساويا في العدالة عرضت اليمين عليهما . فإن نكل أحدهما حكم بالمدعى فيه للحالف فإن حلفا معا قسم
بينهما ، وإن نكلا تركا على ما كانا عليه (ن ، م : 308/1) وانظر (الفواكه الدواني : 248/2 ، 249)

[ادعاء رجلين على بعضهما بالعبودية]

526 - وإذا تشبث الرجل برجل ، وزعم كل واحد منهما انه عبده :

فان كان العبد لا يتكلم شيئا ، ولا يعرب عن نفسه : سئلا البينة على دعواهما ، فإن أقام أحدهما البينة وعجز الآخر عن ذلك : فهو للذي أقام البينة ؛

فان أقاما جميعا البينة ، قضي به لأعلى البينتين ، فان تكافأتا سنطتا وكانا كمن لا بينة له : فهو بينهما نصفان لاحتيازهما إياه بعد يمين كل واحد منهما لصاحبه ، وان كان العبد يعرب عن نفسه ويتكلم : لم يسأل عن شيء حتى يسألا في دعواهما البينة .

فإن أقام أحدهما البينة : فهو له ،

وإن أقاما جميعا بينة ، قضي بالأعدل .

وان تكافأت سقطت ، وكانت كمن لا بينة له ، ويسال حينئذ العبد عن نفسه : وكان القول قوله لأن من حقه منع نفسه منها ، ولو قال : أنا حر : كان النول قوله .

[ادعاء المرأة ان اللقيط ولدها]

527 - واختلف ابن القاسم وأشهب في المرأة تدعي الولد اللقيط أنه ولدها ،

فقال ابن القاسم : لا تصدق .

وقال أشهب : تصدق .

باب التحالف (*)

[رد اليمين]

528 - قال محمد : الأصل في كل من وجب عليه اليمين ، أو وجبت له في الأموال والجراح خاصة ، فنكل عنها (1) : انه لا يكون حكمه بذلك النكول حكم المنكر ، ولا بد من رد اليمين على صاحبه ، طلب ذلك خصمه او لم يطلبه ، فإن نكل المردود عليه اليمين بطل حقه ان كان طالبا ، وغرم ان كان مطلوبا (2) .

وقال ابن ابي حازم : ليس كل الناس يعرف رد اليمين .

[الحلف على البت والحلف على العلم]

529 - وكل حالف أو محلف فيما جرى فعله على يدي غيره :

- فالحالف على الأخذ لنفسه ، يحلف على البتات ،

(*) التحالف في الأصل : الإقسام باليمين ويكون بمعنى رد اليمين ممن وجبت عليه إذا نكل على خصمه (اللسان : حلف) وهنا : مطالبة الخصمين باليمين ، وذلك في حالات كثيرة يأتي تفصيلها أثناء هذا الباب .
(1) النكول عن اليمين يكون بقول من توجهت عليه مثلا : لا أحلف ، أو انا ناكل عن اليمين ، أو قوله للمدعي : أحلف أنت .

(2) قال ابن الحاجب : « النكول يجري فيما يجري فيه الشاهد واليمين ولا يثبت الحق بمجرد بل يمين المدعي ، ويتم بقوله : لا أحلف وشبهه .. ويتأدى على الامتناع وينبغي للحاكم بيان حكم النكول . » (ابن عبد السلام على مختصر ابن الحاجب : 130 أ - 130 ب) .

- والحالف على الدفع عن نفسه - كالورثة : فيما جرى على يدي صاحبهم ، والموكل فيما جرى على يدي وكيله ، ورب القراض : فيما جرى على يدي مقارضه ، وما اشبههم - على العلم (3) .

وكل محلف فانما عليه اليمين على لفظ المدعي لا على ما يريد أن يحمله من المعنى .

قال احمد ابن زياد : قلت لمحمد بن ابراهيم بن عبدوس : إذا أسلف الرجل الرجل مالا ففضاه إياه بعد ذلك بغير بينة وجحد القابض وأراد أن يحلفه أنه ما أسلفه . وقال المسلف : بل أحلف ما له عندي شيء ، فقال : لا بد أن يحلف : ما أسلفه شيئاً .

قال : فقلت : قد اضطررتهم الى يمين كاذبة ، أو الى غرم ما لا يجب عليه .

فقال لي : يحلف ما أسلفه ، فان علم في باطن أمره أنه قد قضاه ، عتّى في ضميره سلفاً : يجب عليّ رده اليك في هذا الوقت ، وبريء من الاثم في ذلك .

[إنما يكون الحلف بالله]

530 - وكل يمين تجب على رجل ، فانما الحلف في ذلك ، بالله لا يكلف بزيادة (4) .

وإذا وجبت على الذمي يمين حلف : بالله ، حيث يعظم من كنيسته (5) .

(3) ان اليمين التي يحلفها الحالف تارة ينسب بها لنفسه امرا او يدفع بها عن نفسه امرا وتارة ينسب بها الى غيره شيئاً على وجه الاثبات او النفي .

وذكر ابن حارث أعلاه : أن الحالف على الاخذ لنفسه انما يحلف على القطع والبت ، والحالف على الدفع عن نفسه انما يحلف على مجرد العلم ذاكرًا لذلك أمثلة مما لا يتأتى القطع فيه .

اما ما يتعلق بالحالف الذي ينسب الى غيره فأوضحه أبو اليمين بن فرحون ذاكرًا : « ان ما نسب الى غيره من الاثبات فاليمين فيه على البت وان ما نسب الى غيره من النفي يكون الحلف فيه على نفي العلم كنفي العلم باسلام ميت او ببيع داره ونحو ذلك مما يتعذر فيه القطع » (المسائل الملقوطة : 62 أ)

(4) صفة اليمين في الحقوق كلها : « بالله الذي لا اله الا هو ، لا يزداد على ذلك » وروى ابن كنانة انه يزداد في اللعان والنسامة « عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم »

وجاء في مختصر الواضحة انه لا يؤثر بهذه الزيادة في الحقوق والدماء واللعان (تبصرة ابن فرحون : 184/1) .

(5) يحلف غير المسلمين حيث يعظمون من كنائسهم ومواضع عباداتهم . ويرسل الفاضي في ذلك رسولا يحلفهم بالله (ن ، م : 184/1)

وكل يمين وجبت/ في ربع دينار فأكثر ، فاليمين فيها عند منقطع الحق ، ولو كان الحق اقل [30-أ] من ربع دينار ، وتجب اليمين في منقطع الحق ، وإنما تجب في مجلس الحكم .

[تحالف المختلفين في البيع]

531 - وحكم المتحالفين على ما يدعيه كل واحد منهما، اذا اختلفا في البيع أن يبدأ البائع فيحلف : ما باع سلعته الا بكذا وكذا ،

فإذا حلف قيل للمشتري : إن أحببت فخذ بما قال البائع ، وإن شئت فاحلف على ما ادعى عليك ،

فإن حلف فسخ السلطان بينهما البيع ، ولا يتم ذلك الفسخ بينهما حتى يفسخه السلطان ،

وكل واحد منهما بالخيار فيما قال صاحبه ، حتى يفسخ البيع .

وأعرف لبعض الرواة : أنه بالتحالف يكون الانفساخ كاللعان .

[مكان الحلف في القسمات]

532 - وسنة الحلف في القسمات أن يكون في المساجد ، وعلى رؤوس الناس ، وفي دبر الصلوات (6)

[مكان الحلف في اللعان]

533 - وسنة الحلف في اللعان : أن يكون عند الامام ، وعلى رؤوس الناس ، ولم يقل ذلك في دبر الصلوات (7) .

(6) يفتصر في القسمات على اليمين بالله الذي لا اله الا هو .

وقال المغيرة : يزيد الرحمن الرحيم ، ويكون حلف القسمين في الجامع قياما دبر الصلاة بمحضر الناس ويؤتى الى المساجد الثلاثة من مسيرة عشرة ايام والى مساجد سائر الامصار من مسيرة عشرة ايام (تبصرة ابن فرحون : 319/1)

(7) يكون اللعان في أشرف امكنة البلد : في المدينة عند المنبر . وفي مكة عند الركن . وفي غيرها عند المحراب في الجامع الاعظم ، ويكون بحضور جماعة اقلها اربعة .

وهناك خلاف في وجوب وقوعه اثر صلاة . والمختار ان يكون بعد صلاة العصر (ن م : 322/1)

[يحلف الحالف إما قائما وإما قاعدا]

534 - والأيمان التي تكون في المساجد يكون الحالفون بها قياما ، وفي غير المساجد يكونون قعودا .

هكذا حكى ابن حبيب عن ابن الماجشون (8) ومطرف .

وحكى محمد بن ابراهيم بن عبدوس في كتابه عن أشهب : أن القيام في الأيمان انما هو في اللعان والتسامة (9) .

وأما في الحقوق فيكون الحالفون قعودا .

[يمين القضاء]

535 - وكل من استحق شيئا من يد انسان اشتراه في سوق المسلمين : فلا بد أن يحلف انه ما باع ولا وهب .

وكذلك كل من قضي له على غائب ، او ميت ، أو طفل : يحلف انه لم يتقبض ولم يضع ولم يحل .

وهذه اليمين تسمى بيمين القضاء (10) .

(8) نقل ابن فرحور في تبصرته هذه الرواية و اضاف من البيان والتحصيل رواية اخرى عن مالك في العتبية انه يحلف قائما (ن ، م : 185/1)

(9) نقل ابن فرحون هذه الرواية ايضا ، كما نقل قولاً بأنه يحلف قائما دبر الصلاة ، وقولاً آخر لابن كنانة انه ليس عليه ان يحلف قائما (ن ، م)

(10) يمين القضاء تسمى ايضا بيمين الاستبراء .

وهي تجب اذا ثبت الحق على مدعى عليه وهو غائب او ميت او سفيه ويحلفها الذي ثبت حقه بوسائل اثبات اخرى مؤكدا بها انه ما قبض مما ثبت له شيئا .

وفائدتها ان يرد الحالف على ما يمكن ان يدعيه الغائب او الميت من دفع الحق او جزء منه لصاحبه .

ونقل عن الباجي ان اصحاب مالك يقولون : انه لا يتم لمستحق غير الرباع والعنار حكم الا بعد اداء هذه اليمين .

ورأى بعض المشائخ لزومها حتى في العنار والرباع .

=

[الدعوى في الحقوق لا تكون إلا بالخلطة]

536 - واصل التحليف في الدعوى في الحقوق : أنها لا تجب على المدعى عليه الا بخلطة (11) .

والخلطة : أن يشهد شاهدان (12) : إنا نعرف بينهما معاملة في حق لم ينقض بعدُ فيما علمناه .

[اليمين في الدعوى الموجبة للقصاص]

537 - وكل من ادعى شيئاً من أسباب القصاص : لم تجب له اليمين .
الا ان يقيم على ذلك شاهداً ، فتجب اليمين .

وان ادعى الناتل الذي وجب عليه القصاص على ولي المقتول انه عفا عنه ، وجبت اليمين على ولي المقتول ،

فان حلف . قتل ، وان نكل ، حلف القاتل وبريء من القتل .

[النكول عن القسامة]

538 - واذا وجب لرجل دمٌ عمدٍ بفسامة ، فنكل عن القسامة ، ردت الأيمان على المدعى عليه الدم . فحلف خمسين يمينا وبريء من الدم .

وقال عبد الملك بن الماجشون : وللمدعي بالدم أن يستعين بالأيمان .

انظر حكم يمين القضاء والحالات التي تجب فيها في (تبصرة ابن فرحون : 273/1 وما بعدها : مواهب الجليل : 215/6 : العند المنظم : 218)

(11) يقع اثبات الخلطة اذا انكر المدعى عليه دعوى المدعي ولم يكن لهذا الاخير بينة على اصل حقه ولا اقر المدعى عليه بخلطة المدعي (تبصرة ابن فرحون : 199/1)

(12) يشترط في الشاهدين هنا العدالة والحرية وان لا يكون للمدعى عليه فيها مدفع (ن ، م : 199/1)

[الحلف على ما في العلم]

539 - وكل من دفع مالا فادّعي عليه فيها بزيوف ، وأنكر الدافع ذلك : فعليه اليمين ما أعطى الا جيادا في علمه .

فإن قال : اني لا أعرف الجيد من الردي . قال بعض الرواة : يحلف انه ما أعطاه ردينا في علمه (13) .

وأما في النقص ، يحلف على البتات لا على العلم .

[خروج المرأة للحلف]

540 - وما وجب من الأيمان على النساء ، فما كان من الحق الذي له بال (14) ، خرج فيه النساء الى مقطع الحق نهرا إن كانت المرأة من أهل الخروج ، أو ليلا ان لم تكن من أهل الخروج

وما لا بال له تحلف المرأة عليه في بيتها (15) .

ويجزي الحكم من الارسال اليها في ذلك شاهد واحد ، إذا كان عدلا (16) .

وامهات الاولاد والمكاتبات والمدبرات مقام الحرائر في ذلك .

(13) قال ابن التاسم : « لا يحلف الدافع الا على علمه كان صيرفيا عارفا بالنفد ام لا ، في الغش والنقص »
(14) ما له بال من المال وتخرج المرأة لتحلف من أجله فسر اللخمي بالدينار فاكثر ، لكن قال خليل في التوضيح :
ظاهر كلام ابن الحاجب انها تخرج في ربع دينار ، وهو المشهور عند المازري ، وهو قول ابن الماجشون ومطرف .
قال ابن عاصم :

ومسا له بال ففيه تخرج له ليلا غير من تبرج)

(حلي المعاصم 142/1)

(15) جاء في التهذيب ان المرأة تخرج فيما له بال من الحقوق فتحلف في المسجد . فان كانت ممن لا تخرج نهرا فلتخرج ليلا ، وتحلف في اليسير ببيتها

وكذلك تحلف ببيتها التي لا تخرج مشتهرة وتكون هي المطلوبة . وهذا ما جزم به الزرقاني وهو راجع قولين حكاهما عياض .

واما التي تخرج مشتهرة فانها تخرج لليمين التي تغلظ نهرا (ن ، م : 142/1 ، 143)

(16) قال الفاضل عبد الوهاب : اذا كانت المرأة من اهل الشرف والتدريج ان يبعث الحاكم اليها من يحلفها صيانة لها ، ولا منال للخصم في ذلك لان الذي احلفها ليس له ابتذالها (ن ، م : 143/1) .

باب الاقرار (*)

[تفسير المقر لاقراره]

541 - قال محمد : الأصل في هذا الباب : أن كل منقر إقراراً بحملاً ، فالقول قوله في تفسيره (1) .

[الرجوع عن الاقرار]

542 - وكل من ادعى في اقراره وجهها يحتمله اقراره/ صدق . [30 - ب]

وكل منقر فلا رجوع له عن اقراره : الا ان يرد إقراره المنقر له فيجب له الرجوع عند رد المنقر له اقراره (3) .

فان عاد الاقرار بعد ذلك عاد حكمه ايضا ، ولم يجب له عنه الرجوع : الا ان يرد المنقر له .

(*) الاقرار لغة : الاعتراف .

وشرعا : هو الاعتراف بما يوجب حفا على قائله بشرطه (الشرح الصغير : 525/3) .
وقد عرفه الامام ابن عرفة بقوله : « خبر يرجب حكم صدقه على قائله فنط بلفظه او بلفظ نائبه » .
(1) اذا كان المنقر حاضرا يسأل عن تفسير ما اراد ، ويصدق في جميع ذلك مع يمينه ان نازعه خصمه (مواهب الجليل : 230/5) .

(2) عند الفراقي فرقا للاقرار الذي يفبل الرجوع فيه والذي لا يفبل فيه الرجوع ووضح ذلك بأمثلة ، وبما قال :
« ما لا يجوز الرجوع عنه من الاقرار هو الرجوع الذي ليس له فيه عذر عادي ، وضابط ما يجوز الرجوع عنه ، ان يكون له في الرجوع عنه عذر عادي » : انظر (الفروق : 38/4 - الفرق : 222) .

[الاستثناء بعد الاقرار]

543 - وكل من وصل اقراره بشيئين او استثناء وصلا نسفا ، فالقول قوله (3) .
قال بعض اهل العلم : الا ان يتبين كذبه في ذلك الاستثناء فيكون حكمه حكم المفر
النادم .

[الاقرار في حال الصحة]

544 - وكل من اقر في صحته بدين فانه يلزمه (4) : كان المقر له اجنبيا او وارثا .

[الاقرار في حال المرض]

545 - وكل من اقر في مرضه (5) بدن ، فانه يلزم اقراره للاجنبي الذي لا يتهم عليه ،

ولا يلزم في الوارث الذي يتهم عليه (6) .

فان اقر لمن يتهم عليه ممن ليس بوارث ، فان كان ورثته ولده صدق ، وان كانوا عصابة
لم يصدق (7) .

وان اقر في مرضه بغير وارث . ثم لم يميت حتى صار وارثا : فان الاقرار جائز ، لانه ثبت
الاقرار في وقته وضح

(3) انظر (مواهب الجليل : 228/5) .

(4) وذلك اذا توفر فيه شرط التكليف وشرط كونه غير محجور عليه (الفواكه الدواني : 229/2) .

(5) المنصود بالمرض هنا المرض المخوف ، لا مجرد المرض الخفيف . (ن ، م : 229/2) .

(6) اذا اقر المريض لزوجته المبعوضة لديه صح اقراره . وكذا اذا اقرت الزوجة المريضة لمن كانت تبغضه (الشرح
الصغير : 227/3) .

واما ان جهل حال الزوج المريض مع زوجته ولم يعلم هل كان يميل لها او لا صح ان ورثه ابن ولو صغيرا (الفواكه
الدواني : 229/2) .

(7) المريض اذا اقر لوارث قريب مع وجود الابعاد او المساوي كان ذلك الاقرار باطلا .

وان اقر لوارث بعيد كان صحيحا ان كان هناك وارث اقرب منه ، سواء كان ذلك الاقرب جائزا ام لا .

وان اقر لقريب غير وارث كالخال او لصديق ملاطف او مجهول حاله صح الاقرار ان كان لذلك المهر ولد او ولد ولد
والا فلا .

وان اقر لأجنبي غير صديق ، كان الاقرار لازما ، كان له ولد ام لا (الصاوي على شرح الصغير : 527/3) .

[بساط الكلام في الاقرار]

546 - واذا اقر ان لفلان عليه حنا ، ثم قال : حق الفراية والاسلام ، نُظِر الى بساط الكلام فحُمِل عليه .

وكل من اقر بقبض شيء من مال غيره ، ويدعي انه قبضه بوجه لا يجب عليه رده ، او في حين لا يجب عليه رده ، فعليه البينة (8) .

[الاقرار للسمعة]

547 - وكل من اقر اقرارا ظاهرا للسمعة ، وثبت ان الباطل كان على غير ذلك ، او انها تعامللا على هذا الاقرار سمعة لا تخفينا ، فان الحكم لما تعامللا عليه في الباطن ولا يلزم من ذلك الظاهر شيء .

[ادعاء وقوع الطلاق في الصبي أو المجنون]

548 - واذا اقر الرجل لامراته ، فقال : طلفتك وانا صبي او انا مجنون ، فالقول قوله : طلفتك وانا صبي .

واما قوله : وانا مجنون ، فإن كان يعرف بالمجنون ، فلا يلزمه الاقرار .

قال سحنون : يلزمه ، وهو كالفائل : انت طالق لا طالق (9) .

(8) مثاله : كما لو ادعى انه قبضه على وجه الهبة او على وجه البيع فهو اقرار وعليه اثبات الهبة او البيع فان لم يثبت حلف .

قال ابن رشد : اذا جاز الرجل مال غيره في وجهه مدة تكون الحياة فيها حاصلة وادعاء لنفسه بابتياح او هبة او صدقة كان القول قوله في ذلك يمينته في البيع بلا خلاف ، واما في الهبة والصدقة ففيه خلاف (الشرح الصغير : 539/3 : الصاوي على شرح المذكور : 530) .

(9) ان من شروط المطلق ان يكون عاقلا بالغا لذا لا ينفذ طلاق من كان مجنونا او صبيا غير بالغ . وقيل ينفذ طلاق المراهق (قوانين الاحكام : 167) وانظر (مواهب الجليل : 231/5) .

[الهزل في الاقرار]

549 - واذا سئل الرجل شيئا ، فقال : هو لامراتي ، او لفلان ، لرجل اجنبي من الناس ، لم يلزمه بهذا الاقرار حق لامراته ، ولا للرجل اذا ادعوه بحق قديم او بهذا الاقرار .

وان قال : وهبته ، او بعته من فلان : جب نفاذ ذلك (10) .

وان خطبت اليه ابنته فقال : زوجتها من فلان ، فانه يلزمه ذلك لفلان ، ادعاها بنكاح قديم او بهذا اللفظ . والنكاح والطلاق لا هزل فيهما (11) .

قال ابن كنانة : ان ادعاها بأمر قديم لزمه ، وان ادعاها بهذا اللفظ لم يلزمه .

[اجتماع الاقرار والبينة]

550 - واذا اقر بشيء ثم اقام البينة في خلاف ذلك بما يبطله ، فاقراه على نفسه أحق من بينته .

ولكن ان اقام بينة على اقرار المدعي بما وهن اقرار المقر : لزم ذلك . مثل : أن يقر على نفسه بدين ويقول : انا اقيم البينة انه من ربا او قراض ، فلا تقبل بينته ، الا ان يشهد على اقرار المقر له بهذا الكلام ، فيلزمه ذلك ويسقط عن المقر ما يقر به من ذلك (3) .

(10) قال الباجي : « من سئل عن شيء فقال : هو لفلان ، لم يلزمه بهذا الاقرار شيء ، بخلاف ما إذا قال : بعته او وهبته لفلان ، فان ذلك لازم له » (المسائل الملقطة : 58 أ) .

(11) روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق واليمين » وفي رواية اخرى ذكر الرجعة مكان اليمين .

وفي رواية عن الحسن البصري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من نكح لاعبا او طلق لاعبا او اعتق لاعبا جاز » .

وقال عمر بن الخطاب : « اربع جائزات اذا تكلم بهن : الطلاق والنكاح والعتاق والنذر » ومثله مروى عن علي بن ابي طالب كرم الله وجهه (اعلام الموقعين : 109/3) .

والهزل في الاقرار مبطل له لأن الاقرار محتمل الصدق والكذب ، والمنخير عنه اذا كان باطلا فبالاخبار به لا يصير حقا .

[إقرار الورثة]

551 - والأصل في قول مالك في الرجل يموت ، ويتر بعض ورثته بدين على الميت أو بوارث : انها سواء . ويعطى المير له من يدي المير ما ينوبه مما في يديه .

مثل : ان يموت ويترك ابنين ويترك ثلاثمائة دينار ، فينر أحدهما بدين مائة ، أو بوارث : فيجب على المير ان يبدا الى الوارث المير به أو المير له بالدين بخمسين دينارا مما في يديه (12) .

قال عبد الملك بن حبيب : واصحاب مالك يقولون : هذا وهم ، لان المير بالدين لا ميراث له الا بعد رد الدين .

[إقرار العامل في القراض]

552 - واذا اقر العامل في القراض بدين في مال القراض صدق ، وكان اقراره جائزا ، الا ان يكون اقراره بعد دفع القراض اليه ، فلا يصدق .

قال بعض الرواة : الا ان يكون اقراره بفرب دفعه فيجب ان يصدق .

[الإقرار بالقتل على وجه الخطأ]

553 - واذا اقر الرجل انه قتل قتيلا خطأ :

فإن كان لا يتهم على وُلد المقتول انهم ممن يريد غناهم (13) وجبر النفع اليهم

(12) اذا اقر احد الورثة بوارث والباقي من الورثة منكر ، كان المير عدلا او غير عدل على الراجح ، فللمير له من حصة المير ما نصه الاقرار تعمل فريضة الانكار ثم فريضة الاقرار ثم ينظر ما بين الفريضتين من تداخل وتباين وتوافق وتمائل ، فإن تداخلتا اخذت اكبرهما (الشرح الصغير : 707/4) .

وإن اقر احد الورثة بدين ، فانه يؤخذ من التركة بشهادة الوارث او امراتين من الورثة مع اليمين وانظر حكم إن كان المير غير عدل او نكل الشهود له (حاشية الصاوي على الشرح المذكور : 707/4) .

(13) مثل الأخ والصديق (المدونة : 485/4) .

[31-أ] كانت/الفسامة مع قوله ، فان نكل الورثة عن الفسامة لم يلزم المهر شيء في ماله (14) .

وقال المغيرة وعبد الملك : الدية عليه في ماله ولا شيء على العاقلة . وقد روى هذا عن مالك .

وقال بعض الرواة : يلزمه في ماله ما كان يلزمه مع العاقلة .

[إقرار اللقيط بأنه عبد]

554 - والأصل في اللقيط : أنه حر لا يفيل اقراره على نفسه بأنه عبد ، ولا يحتاج في حريته ان يحكم بذلك حاكم .

[إقرار المرأة بالنكاح]

555 - ولا يجوز اقرار المرأة بالنكاح لرجل : الا ان يكونا طارئين (15) .

[الإقرار للطفل وللجنين]

556 - والاقرار للطفل ولما في البطن جائز لان وجوه الصدق في ذلك موجودة متصرفه (16) .

(14) ان الدية لا تجب على المهر باقراره وإنما تجب على عاقلته ، ولا تنبت الا بالفسامة عند مالك لذلك لم يلزم المهر بشيء اذا نكل الورثة عن الفسامة .

ومثل هذه الصورة لو ضرب رجل وصرح بان فلانا قتله خطأ فينبيل قوله او تكون الفسامة في مال عاقلة القاتل ايضا (ن ، م) .

(15) في هذا الاقرار تفصيل - انظره في (الشرح الصغير وحاشية الصاوي : 491/2) .

(16) قال المازري : « الاقرار للحمل ان قيده المهر بما يصح كقبوله : لهذا الحمل عندي مائة دينار من وصية اوصى بها او من ميراث صح ، وان قيده بما يمتنع بطل ، قفوله : لهذا الحمل عندي مائة دينار من معاملة عاملين بها (التاج والأكليل : 223/5) .

اما سحنون فله قولان في الاقرار المفيد بما لا يصح . وكذلك يصح الاقرار للمجنون من باب اولى وأحرى (مواهب الجليل : 223/5 و 224) .

[اقرار مجهول الحال بالرق]

557 - وإذا أقر الرجل المجهول الحال ، أو المرأة المجهولة الحال ، بالرق ، لزم ذلك فيها ، ولزم اولادها الصغار الذين لا يعرفون عن انفسهم ولا يعربون عنها ، وان كانوا يعربون عن انفسهم فأنكروا الرق وادعوا الحرية ؛ لم يلزمهم من اقرار آبويهم شيء .

[الابرء من الحقوق]

558 - وإذا أقر الرجل لرجل : انه لا حق له عليه ، فانه يبرأ من الحقوق الواجبة من الضمانات والديون (17) .
فان أقر : أنه لا حق له عنده أو قبّله ، برىء من جميع الأشياء من الضمانات والامانات (18) .

[الاستثناء مع الاقرار]

559 - وإذا أقر الرجل : أنه اشترى من فلان ثوبه بكذا وكذا ، الا انه لم يدفع اليه الثوب ، فالقول قوله اذا كان ذلك في نسق الاقرار ، فان لم يكن في نسق الاقرار ، فلا يجوز استثناءؤه (19) .

[الرجوع في الاقرار بالزنا]

560 - وإذا أقر الرجل بالزنا قبّل رجوعه عنه ، وان لم يأت بوجه يعتذر به (20) .

(17) قال خليل « وان أبرأ فلانا بما له قبّله ، أو من كل حق ، أو أبراه ، برىء مطلقاً ومن القذف والسرقة » وبذلك يكون المقر له قد برىء من كل قليل وكثير ، ديناً ، أو ودعة ، أو عارية ، أو كفالة ، أو غصبا ، أو قرضاً ، أو إجارة ، أو غير ذلك (مواهب الجليل : 232/5) .

(18) اذا ادعى المقر بعد ما برأ صاحبه ، قذفاً أو سرقة فيها قطع ، وأقام بينة ، فلا يقبل منه ذلك الا ان اثبتت البينة انه جعله بعد البراءة ، وانظر ادعاء الغلط بعد البراءة في (ن ، م) .

(19) الاستثناء من الاقرار يصح ما لم يستغرق المستثنى منه (التاج والاكلیل : 231/5) .

(20) قبول رجوع المقر بالزنا مطلقاً هو الذي يؤيده ظاهر حديث ماعز بن عامر لما اذلقته (أقلتته) الحجارة ففر هارباً فقال عليه الصلاة والسلام « الا تركتموه لعله يرجع » البخاري .

قال ابن الماجشون : لا يقبل رجوعه ، الا ان يأتي بوجه يعذر به (21) .

قال ابن القاسم : يقبل رجوعه وان اخذت السياط مأخذها .

قال أشهب : يقبل رجوعه ما لم يضرب أكثر الحد .

[اقرار الرجل بولادة جاريته منه]

561 - واذا اقر بجاريته انها ولدت منه ، ولا ولد معها ،

فان كان يرثه ولد ، فقبوله مقبول ، لانه لا يتهم على ولده ،

وان كان ورثته عصبه ؛ فلا يقبل قوله لأنه يتهم عليهم ولم تعتق الجارية في ثلث ولا في

راس مال (22) .

(21) الرجوع في الاقرار بوجه يفذر به أي شبهة ، مثل أن يدعي أنه أصاب زوجته في حالة الحيض فظن أنه زنى (ابن ناجي على الرسالة : 260/2) .

بذكر ابن جزى ان الرجوع في اقرار متعلق بحق الله اذا استند الى شبهة يقبل اتفاقا ، واذا لم يستند الى شبهة ففي قبوله قولان ومن كان يرى القبول ولو بدون شبهة الحسن البصري (قوانين الاحكام : 344) .

2 (انظر) المدونة : 48/3 وما بعدها) .

باب الاكراه (*)

[معنى الاكراه]

562 - قال محمد : أصل القول في الاكراه : أنه كل ما فُعل بالانسان مما يضر به ويؤله من ضرب أو سجن أو تخويف ، فان كان ذلك من سلطان أو غيره ، فانه اكراه ، لا يلزم صاحبه حكمه ولا يحاسب عليه عقده .

قال بعض اهل العلم : وانما ذلك في القول ، واما في الفعل فلا اكراه فيه ، هكذا حكاه محمد بن سحنون عن أبيه ، وهكذا ذكره عبد الملك في كتابه . وكذلك حكى الاوزاعي عن ابن عباس .

[الإكراه على إذابة الغير]

563 - وكل ما أكره عليه من فعل يفعله بغيره في بدنه أو ماله : فان حكم ذلك الفعل لازم ، ولا يسقطه الاكراه .

[الاكراه على البيع]

564 - والمشتري اذا أكره البائع على البيع منه ، فهو في سبيل الغاصب في جميع احكامه (1) .

(*) يقسم المالكية الاكراه الى اكراه حلال واكراه حرام . فالأول كما لو أجبر المكره على بيع داره لتوسيع مسجد ، أو طريق ، أو مقبرة . والثاني هو الجبر على ما ليس بحق شرعي .
كما يفرق المالكية في الاكراه على العقد وعلى سببه والثاني كاعطاء مال ظلما ولو لم يجبر عليه (البهجة - حلى المعاصم : 75/2 - 76) .

(1) الغصب : هو اخذ مال قهرا تعديا بلا حراة . وحرمة معلومة من الدين بالضرورة ، ولم يرد فيه حد مخصوص .
ولكن يؤدب الحاكم الغاصب حسب اجتهاده .

[الإكراه على الإقرار]

565 - وإذا أكره الرجل على الإقرار فأقرّ بأكثر مما أكره عليه ، أو بأقل ، أو بخلاف الجنس الذي أكره عليه لم يلزمه من ذلك شيء (2) .

[إكراه المرأة أو الولي على النكاح]

566 - وإذا أكرهت المرأة . أو الولي على النكاح لم يكن للمرأة إجازته وكان نكاحها غير منعقد (3)

[البيع من أجل الإكراه]

567 - وإذا أكره الرجل على غرم مال قباع فيه شيئاً من ماله : لم يجز أمر هذا البيع ، وأخذ المكره على الغرم ماله الذي باعه حيث وجدته بلا غرم : ويرجع المشتري على الذي أكره البائع بالثمن ، وسواء دفع الثمن الى المكره أو المكره . ويكلف هذا البيعة أنه وصله الى الذي أكرهه وأنه لم يصرفه الى منافعه وإنما يجعل ذلك على ظاهر الأمور (...) (4) وهذا كله فيمن غرم بلا حق يجب تعسفا .
وأما من غرم من العمال وغرم من متقبلي المتاجرة وما أشبهها : فإن بيعهم جائز ولا يدخلون في هذا الحكم (5) .

[إكراه الشخص على إتلاف ماله أو قطع يده]

[31 - ب] 568 - وكل ما أكره/ عليه الرجل من إتلاف ماله ، فأتلفه فالمكره ضامن .

ومن أحكامه : أن الفاصب بضمن بالاستيلاء على الشيء الذي غصبه ولو اتلف بأمر سهاوي (الشرح الصغير : 582/3 وما بعدها) .

(2) حاصل ما تقدم اعلاه أن من أكره غيره على عقد أو حل أو إقرار أو يمين لم يلزم المكره شيء . والاكراه فيما ذكر يكون بخوف أو ضرب مؤلم الى آخر ما ذكر . (الخرشني على خليل : 40/2 : الشرح الصغير : 548/2)
ومثله الطلاق والعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم « لا طلاق ولا عتاق في اغلاق » رواه احمد وأبو داود وابن ماجه .
وانظر ما يعد اكراها وما لا يعد في (الخرشني على خليل : 40/2) .

(3) انظر (قوانين الأحكام : 146) .

(4) كلمة طمست أكثر حروفها .

(5) انظر (قوانين الاحكام : 181)

وكذلك إذا أكرهه على قطع يد نفسه ، فإنه يسعه قطعها (6) ، فإذا قطعها وجب له الدية على المكره ، ولا يجب له القصاص لأنه لم يل الفعل .
هكذا ذكره بعض الرواة .

قال سحنون : وأنا أرى عليه القصاص .

[الاقرار عند السلطان]

569 - قال أشهب : لا يلزم الاقرار عند السلطان ، وإن كان غير محنة إذا كان السلطان مخوفا مرهوبا .

[الاقرار في السجن]

570 - قال سحنون : إذا تقدم بالرجل المتهم الى السلطان ، فإن جهل أو تعسف في حكمه ، واضطره الى الاقرار على وجهه فحبسه لاستبانة أمره ، إن كان من أهل التهم والدعارة (7) ، فأقر في السجن ، فإن إقراره نافذ عليه .

[الإكراه على الكفر والمعاصي]

571 - قال سحنون : إذا أكره على الكفر ، أو على سب النبي صلى الله عليه وسلم ، أو قذف المسلم ، أو شرب الخمر ، أو أكل الميتة ، أو الخنزير ، لم ينبغ له أن يفعل ، إلا من خوف القتل خاصة (8) ، فإن خاف القتل وسعه ذلك ، وإن صبر للقتل كان أفضل (9) .

(6) أما من أكره على قتل مسلم ، أو قطع يده ، أو رجله ، فلا يجوز له أن يفعل ذلك ، ولو أدى امتناعه الى قتله هو لأنها أفعال تعلق بها حق لمخلوق (الخرشي على خليل : 42/2) .
(7) بالأصل : الدعارة - بالذال - والصواب ما أثبتناه . وهي بفتح الدال المهملة وبكسرهما والمراد : الفسق والشر (أقرب الموارد : دعر) .

(8) الحكم المتقدم ينطبق أيضا على الإكراه على سب الصحابة (الشرح الصغير : 549/2) .
أما سب المسلم غير الصحابي فيجوز في الإكراه بغير قتل ، وكذلك قذف غير المسلم فيجوز لغير القتل (الخرشي على خليل : 42/2) .

(9) غلب المشركون عمار بن ياسر حتى قاربهم في بعض ما أداروا فشكى ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له « كيف تجد قلبك ؟ قال : مطمئنا بالإيمان : قال فإن عادوا فعد » فنزل قوله تعالى : « إلا من أكره وقلبه مطمئن »

[الإكراه على فعل واجب]

572 - وكل ما اكراه عليه الانسان مما كان يجب عليه ان يفعله من غير اكراه ، فانه يجزيه ، ولا ضمان على المكره ، وذلك مثل : الصدقة المنذورة ، والزكاة المفروضة ، وما شاكل ذلك من الحقوق اللازمة (10) .

[العتق خوفا من السلطان]

573 - قال سحنون : واذا طلبه السلطان بشراء عبد فأعتنه ، أو دبره ، أو كاتبه ، وأشهد أنه إنما فعل ذلك من خوف السلطان ، لم يلزمه من ذلك الفعل شيء ، وليشهد على عتقه الذين أشهدهم : انه إنما فعل ذلك من خوف السلطان ، فإن أشهد غيرهم أجزاء (11) .

بالإيمان ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليه غضب من الله ولهم عذاب عظيم» (فتح الباري لابن حجر : 310/12) .

(10) انظر (قوانين الاحكام : 168)

(11) تسمى هذه الشهادة بشهادة الاسترعاء . انظر : الباب الخامس والثلاثين في القضاء بشهادة الاسترعاء من (تبصرة الحكام لابن فرحون : 1/366 - 370)

باب الشهادات (*)

[شهادة الخصم والظنين]

574 - قال محمد : أصل مذهب مالك وجميع الرواة من أصحابه في باب الشهادات : انه لا تجوز شهادة خصم (1) ولا ظنين (2) ولا جاز الى نفسه (3) .

[الشهادة يفسرها الشهود]

575 - انظر : فكل شهادة يشهد فيها بالشهود يجري معناها على حكمهم وتمييزهم ، أنها لا تقبل حتى يفسروها تفسيراً يكون الحكم هو الناظر فيه مثل أن يشهدوا أن هذا الرجل وارث هذا المال ، ولا يزيدون شيئاً . فقد يرون أنه وارث بجهة (4) لا يرى الحكم أنه بها وارث ، فإن من الناس من يرى الخال وارثاً ، والحالة داخلة في الميراث (5) .

(*) اختلف العلماء في الشهادة هل هي خبر او انشاء ، وفي الفرق بينها وبين الرواية . انظر (الأمير وحجازي : 324/2) .

والشهادة من انواع البينة التي تكلم عنها ابن فرحون في الفصل الأول من القسم السابع (التبصرة : 202/1) وما بعدها) .

(1) لا تجوز شهادة الخصم على خصمه لانه عدوه ، ولا يؤمن على شأنه . والمراد بذلك الخصومة التي تكون في أمور دنيوية ، وكذلك شهادة التجار فيها بينهم الا اذا كانت خفيفة . اما شهادة المسلم على اهل البدع فتصح (زروق وابن ناجي على الرسالة : 282/2) .

(2) الظنين : من يتهم بمولاته لأحد الخصمين ومنه الزوج (ن ، م) .

(3) يعني من يجر نفعاً الى نفسه بالشهادة .

(4) كلمة غير واضحة بالأصل ، وما أثبتناه من اقتراحنا .

(5) الذي عليه اكثر فقهاء الامصار وزيد بن ثابت من الصحابة ، ومالك والشافعي ان لا ميراث للخال والحالة .

ومثل أن يشهدوا أن لفلان على فلان كذا وكذا درهما ، فلا تجوز حتى يبينوا أنها من بيع أو قراض [أو ما أشبه] (6) ذلك ، فلعلهم إن يبينوا هذا البيان أن يكونوا رأوا أن الدين قد وجب عليه بوجه ، لو أبانوه للحكم لم يره واجبا عليه ،

وكذلك من هذا التفسير اذا شهدوا : أن هذا مولى هذا ، وإن هذا قد قذف هذا ، أو شتم هذا ، أو سفه على هذا .

جميع هذا الباب يجري على الذي ذكرت لا غير .

[سقوط بعض الشهادة]

576 - وانظر : فكل شهادة سقط بعضها لتهمة الشاهد ، فإن شهادته في سائر الشهادات ساقطة (7).

وإن كانت سقطت لنقصان الشهادة - إذ ليس مع الشهادة من يتم به الحكم - فشهادته في باب الشهادات جائزة .

وإن كان انما سقطت لما كافأتها من شهادة أخرى . ففي ذلك اختلاف من الرواة . منهم من ذكر أن باقي الشهادة ساقطة . ومن الرواة من رأى أن باقي الشهادة تامة .

[الشهادة المردودة لعلّة]

577 - وكل من ردت شهادته (8) لعلّة . مثل الصبي (9) والذمي (10) والمتهم

= وذهب سائر فقهاء العراق والكوفة والبصرة وجماعة من العلماء ، منهم الاحناف الى توريث الحال والحالة . وحجتهم في ذلك قول عمر بن الخطاب في كتابه الذي بعثه الى ابي عبيده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الله ورسوله مولى من لا مولى له . والحال وارث من لا وارث له » أخرجه الترمذي في صحيحه (بداية المجتهد : 372/2) .

(6) كلمتان غير واضحتين في الأصل وما أثبتناه يقتضيه السياق .

(7) يقول محمد بن عبد السلام : ان الشهادة اذا رد بعضها للتهمة رد جميعها .

وفي هذه المسألة تفصيل : انظر (ابن عبد السلام على مختصر ابن الحاجب : 47/5 أ مخد دار الكتب بتونس

12246 : تنبيه الحكام : 32 أ ب مخد . نفس الدار : 8241) .

(8) اشترط الفقهاء في الشهادة سبعة شروط هي : الاسلام ، والعقل ، والبلوغ ، والحرية ، والنيقظ ، والعدالة . وعدم التهمة (قوانين الاحكام : 226) .

(9) اجاز مالك شهادة الصبيان فيما بينهم بشروط عشرة . وحجته في ذلك عمل أهل المدينة . =

(11) ، ثم صاروا الى الانتقال عن تلك العلة ، لم تقبل منهم تلك الشهادة (12) ، وإن نقلوها .

[شهادة النساء]

578 - وكل ما يجوز فيه شهادة النساء (13) ، فلا يجوز فيه منهن أقل من اثنتين ، قال ابن الماجشون وسحنون .

وكل/موضع يجوز فيه القضاء باليمين مع الشاهد ، فشهادة النساء فيه جائزة ، [32-أ]

وما لم يجوز فيه القضاء باليمين مع الشاهد . فشهادة النساء فيه غير جائزة (14) .

وقد اختلف في هذا الأصل كلام ابن القاسم وتناقض .

قال ابن عاصم :

وبشهادة من الصبيان في جرح وقتل بينهم قد اكتفي

وشرطها التمييز والذكورة والاتفاق في وقوع الصورة

من قبل ان يتفرقوا او يدخلوا فيهم كبير خوف ان يبدلا

(حلي المعاصم . البهجة : 103/2 و 104 : مواهب الجليل : 119/7) .

(10) لا تجوز شهادة الكافر على المسلم ، وتجوز شهادة المسلم على الكافر (ابن ناجي على الرسالة : 283/2) .

(11) رد الشهادة للتهمة يرجع الى ستة أمور ، منها : الميل للمشهود له ، والميل عليه . انظر تفصيل ذلك (قوانين الاحكام : 227) .

(12) لم تقبل شهادة هؤلاء لان من أسباب رد الشهادة الحرص على ازالة التعيير باظهار البراءة أو التماسي . ويتجلى هذا السبب أيضا عند الفاسق الذي ترد شهادته ثم يصبح عدلا ، وعند العبد الذي ترد شهادته ثم يعتق . انظر (تبصرة ابن فرحون : 225/1) .

(13) تجوز شهادة النساء في الأموال خاصة أو فيما لا يطلع عليه النساء دون الرجال كالحمل والولادة أو فيما يؤول الى الأموال كالوصية بالمال والوكالة على المال ، قال تعالى « فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » البقرة : 282 .

فاما فيما هو مال فتجوز شهادة امرأتين مع رجل ، وكذلك فيما يؤول الى المال . أما في ما لا يطلع عليه الا الرجال فالشهادة تكون من امرأتين فقط (زروق على الرسالة : 280/2) .

(14) القضاء باليمين مع الشاهد جائز في الأموال ، وهو مذهب مالك والفقهاء السبعة وجمهور علماء المسلمين لورود آثار كثيرة ثبت فيها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد (بداية المجتهد : 501/500/2) .

[الإشهاد على الشهادة]

579 - وكل من حكى : أن عنده علما في شيء من الشهادات ، فلا يجوز أن يشهد السامع منه على شهادته بذلك ، إلا أن يشهده عليها إشهادا بالنقص إلى ذلك (15) .

[ما تصح فيه شهادة السماع]

580 - وشهادة السماع جائزة (16) في الشراء المتفاد ، وفي الاحباس ، والصدقات ، والنكاحات ، وعلى الضرر بين الزوجين ، وعلى النسب .

[شهادة السماع في الولاء]

581 - واختلفت رواية ابن الناسم واشهب في الشهادة على السماع في الولاء .

فقال ابن الناسم عن مالك : لا يستحق بذلك الولاء ، ويستحق به المال .

وروى أشهب : أنه يستحق بشهادة السماع الولاء كما يستحق به المال سواء .

[الشهادة بالميراث]

582 - وكل شهود شهدوا على الرجل : أن هذا المال كان لأبيه أو لجدّه ، فإن الشهادة لا تتم في ذلك إلا بوجهين :

أحدهما : أن يقولوا : أن هذا المال تركه ميراثا لابنه هذا ، وأن ابنه تركه ميراثا لابنه هذا .

والوجه الآخر : أن يقولوا : هذا وارثه ، لا نعلم له وارثا غيره (17) .

(15) مذهب مالك أنه ينفى بالشهادة على الشهادة في الأموال وغيرها . وشرط صحة تحملها أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع : أشهد على شهادتي أو على أن فلانا أشهدني بكذا (تبصرة ابن فرحون : 353/1) .

(16) تجوز الشهادة بالسماع والمراد به السماع الفاشي في عشرين موضعا انظرها في (فوائين الاحكام : 230) تحدث ابن فرحون عن المراتب الثلاث لشهادة السماع في (تبصرته : 345/1 وما بعدها) .

(17) انظر (تبصرة ابن فرحون : 247/1) .

وكذلك اذا شهدوا بشيء لرجل ، لم تتم الشهادة حتى يشهدوا : انهم لم يعلموا أنه باع ولا وهب (18) .

[اختلاف الشاهدين]

583 - انظر : فكل شاهدين اختلفا عند الحكم في شهادتهما ، فان كان الاختلاف فيه ما لم يكن للحكم بد من سؤاها عنه ، فالشهادة باطلة لاختلافهما .

وان كان اختلافهما مما ليس على الحكم ان يسألهم عنه فالشهادة نافذة .
قال المغيرة : سمعت يجيز شهادة الأفضاذ في كل شيء : في النكاح ، والطلاق ، والعتاق ، والفذف ، وشرب الخمر ، ما خلا الزنا والسرقة .

[تضاد الشهادتين]

584 - و الاصل في الشهادتين تضادان : فإن أرختا فالتاريخ الأول أحق ، وإن برخت إحداها ولم تؤرخ الأخرى ، فالتورخة أحق ،
وان لم تؤرخ واحدة منهما قضي بالأعدل ، فان تكافأتا في العدالة سنطتا ، وكان الشيء المدعى فيه بينهما ، ان كان في أيديهما ،
وان لم يكن في أيديهما فان رأى السلطان أن يفره على ما هو عليه اقره ، ان رأى أن نفسه قسمه .

(18) تكون الشهادة ناقصة اذا لم يعمل الشهود انهم ما علموا ان صاحب الحق باع أو وهب أو تصدق .
وعلى مذهب المذونة ان هذه الشهادة نافذة مع حلف المستحق انه ما باع ولا وهب .
أما ابن أبي زمنين فانه يرى ان هذه الشهادة لا تقبل الا اذا لم يوجد سبيل لسؤال الشهود عن ذلك ، وإذا سئلوا بامتنعوا عن الجواب بطلت شهادتهم (تبصرة ابن فرحون : 245/1) .
قاله بنعل ابن فرحون عن المنع أن الشهود الذين يختلفون في شهادة يؤدونها تسقط شهادتهم كلها إن كانوا في العدالة سواء (ن ، م : 345/1) .

وان كان في يد حائز له يدعيه فهو للذي هو في يده على ما كان عليه .

[ابطال الشهادة عند تكذيبها]

585 - وكل من عند على نفسه عندا من قوله ، فيه تكذب لشهادة شهود له على خصمه ، فإن ذلك إبطال لشهادتهم ، كان ذلك النول منه قبل الشهادة أو بعدها ،

مثل أن يقول : ما عاملته ، ثم يفيم البينة أنه قضاة ، فإن قال : ماله عندي شيء . فلا يضره ذلك ، وليس مثل قوله : ما عاملتك .

باب الاقضية (*)

[حكم القاضي بعلمه]

586 - قال محمد : ومن أصولهم في باب الاقضية : أنه لا يجوز أن غضي القاضي بعلمه (1) ، ولا بإقرار أحد الخصمين عنده ، كان ذلك قبل أن يكون قاضيا ، بعد أن كان قاضيا ، حتى تشهد البيعة عنده بذلك .

[وجوه أحكام القضاة]

587 - وأحكام القضاة على ثلاثة أوجه :

(*) يراد بالقضاء لغة عدة معان ، منها الأمر مثل « فضى ربك » الاسراء : 23 . والانتقام مثل « فإذا فضيت الصلاة الجمعة : 10 . والفعل مثل « فاقض ما أنت قاض » طه : 72 . والإرادة مثل « وإذا قضى أمرا ... البقرة : 117 ، (البهجة : 141) .

وفي الاصطلاح قال ابن رشد : « حفيضة القضاء : الاخبار عن حكم شرعي على سبيل الالتزام » (تبصرة ابن فرحون : 12/1)

(1) من العدالة أن لا يحكم القاضي بعلمه . قال السجستاني : ويلزم القاضي ترك حكمه لمن له الحق بما في علمه ويرد الحكم الذي لا يستند الا الى علم القاضي .

ولا يحكم القاضي بعلمه سواء علم بذلك قبل القضاء أو بعده (قوانين الاحكام : 322) وقال سحنون : « لو شهد عندي عدلان مشهوران بالعدالة وأنا أعلم خلاف ما شهدوا به ، لم يجوز أن أحكم بشهادتهما ولا أن أردهما لعدالتهما . ولكن أرفع ذلك الى الأمير الذي فوقني وأشهد بما علمت ، وغيري بما علم ، ولو شهد شاهدان ليسا بعدلين على ما أعلم أنه حق لم أقض بشهادتهما (التاج والاكلیل : 140/6) .

فأما القاضي العدل العالم ؛ فان احكامه نافذة لا يفسخ له حكم ، ولا يتعقب له قضاء (2) .

وأما الجائر المتعسف ، فلا يتعقب له حكم ويتم القاضي بعده النظر فيما حكم فيه مما رفع اليه ، ولا ينظر الى سجله لانه لا بد ان يتحلى فيه بالعدل .

وأما العدل الجاهل المتحري ، فانه يتعقب : فما وافق الحق نفذ ، وما خالف الحق رد (3) .

[مرجع القاضي في الحكم]

588 - وكل ما حكم به القاضي العدل من مذهب من رآه صوابا مما اختلف الناس فيه ؛ فهو نافذ (4) .

[32- ب] وان أراد مذهباً فأخطأه ، رد ذلك الحكم ، ونقض ، وإن وافق/به مذهب ذاهب من العلماء .

قال ابن الماجشون : إذا ذهب القاضي الى مذهب اختلف الناس فيه ، نفذ (5) إلا أن يكون مما للنبي صلى الله عليه وسلم فيه قضية ، مثل الشفعة في القسم ، ومثل العبد الى الشريكين يعتقه أحدهما وهو معسر ، فيعتق عليه ، ويأمره بالسعي .

(2) قال ابراهيم بن فرحون : « اما العالم العدل فلا يتعرض لاحكامه بوجه الا على وجه التجويز لها ان عرض فيها عارض بوجه خصومه فاما على وجه الكشف لها والتعقيب فلا ، وان سأل الخصم ذلك الا أن يظهر له خطأ (تبصرة ابن فرحون : 73/1)

(3) تكشف أقضية العدل الجاهل : فما كان منها صواباً أمضي وما كان منها خطأ رد باتفاق .

وقال ابن عبد السلام : روى بعض الشيوخ : أن العدل الجاهل اذا كان لا يشاور أهل العلم تنقض أحكامه كلها لأنها اعتمدت الحس والتخمين (ن.م : 73/1)

(4) حكمه في القضية المختلف فيها بين الفقهاء يرفع الخلاف في خصوص القضية المحكوم فيها .

(5) يذكر ابن جزى : إن قصد الحكم بمذهب فذهل وحكم بغيره من المذاهب فانه يفسخ هو هذا الحكم ولا يفسخه غيره (قوانين الاحكام : 322)

[حكم القاضي على من لا تجوز شهادته عليه]

589 - ومن أصلهم : ان القاضي لا يجوز حكمه على من لا تجوز شهادته عليه (6) ،

ولا يجوز حكمه على من لا تجوز شهادته له ،

ولا يجوز حكمه بشهادة من لا تجوز تزكيته له (7) .

[تنفيذ كتاب القاضي الى قاض آخر]

590 - واذا كتب القاضي الى القاضي في أمر ، فعلى القاضي المكتوب اليه أن ينفذ كتاب القاضي اليه ، اذا ثبت عنده انه كتابه : كان الذي كتب اليه مما يوافق مذهبه ، او مما يخالفه ، وذلك اذا كان القاضي الكاتب قد حكم (8) .

وان كان لم يحكم ، وانما كتب اليه بما ثبت عنده ، لم يحكم هذا المكتوب اليه الا بما يوافق مذهبه .

[ما يقوم به القاضي عند التداعي لديه]

591 - وتفسير ما يجب على الحاكم من النظر بين المتحاكمين : في اول مقدمها اليه ، ان يقول الحاكم للمدعي : ألك بينة بما تدعي ؟ - فان قال له : لي بينة سأله : أحاضرة هي أم غائبة ؟ فان قال : حاضرة - أمر بتقريبها وسمع منها ، وان قال : غائبة غيبة قريبة أو بعيدة ، سأله أن يأتيه بمن يعرفه بالخلطة (9) ، فإن أتاه بمن يعرفه بالخلطة أخذ له عليه كفيلا بوجهه إن كانت بينته قريبة ، وان كانت بينته بعيدة جدا استحلف له .

(6) من ذلك انه لا يحكم على عدوه لان شهادته عليه غير جائزة (تبصرة ابن فرحون : 85/1)

(7) انظر في التزكية والتعديل (ن،م : 257/1 وما بعدها) .

(8) ان ثبت خطأ القاضي الكاتب ببينة ، أو كان القاضي المكتوب اليه يعرفه ، نفذ المرسل اليه الحكم ، ولا يعد ذلك من قضاء القاضي بعلمه الذي لا يجوز القضاء به ، لأن ورود كتاب القاضي عليه بذلك الحق كقيام بينة عنده بذلك ، ويعد قبوله الكتاب بما عرفه من خط القاضي المرسل كقبوله بينة بما عرف من عدالتها (ميارة على التحفة : 43/1)

(9) انظر فيما يتعلق بالخلطة وما يوجبها (تبصرة ابن فرحون : 199/1) .

[توقيف المدعى فيه]

592 - وإن كانت الدعوى في عرض أو عبد ، فسأل أن يوقف (10) له ذلك ، فليس ذلك له ، إلا أن يأتي بسماع أو لطنخ (11) . ويدعي بينة قريبة ؛ فيوقف له الخمسة الأيام إلى الجمعة .

وإن كانت الدعوى في أرض أو حائط فإنه إذا اتجه طالب أمر الطالب ، وقف ذلك وقفا يمنع من الاحداث (12) فيها ، ولا يمنع الغلة اذا كان مشتربا .

[الحميل بالمال]

593 - وكل من حكم عليه الحكم بمال ، فإن لم ينفذه نفذا ناجزا ، كلف أن ينضم له حميلا بالمال ، فإن فعل ، والا سجن .

[إنظار الشفيع]

594 - وإذا ففأشتري الشفيع فقال له السلطان : خذ أو دع ، فقال : أخرنى أنظر ، فلا ينبغي للسلطان أن يؤخره ساعة .

فإن قال : قد اخذت ولكن انظر في النمن ، فمن حنه أن ينظره السلطان مثل الثلاثة الأيام وما أشبهها .

[تنفيذ الصدقة]

595 - كل ما تصدق به الرجل على الرجل لبر أو تكافأة ، ثم أبى من تنفيذه ، فإنه مضى بتنفيذه ، إذا طلب ذلك امتصدق عليه .

(10) - توقيف المدعى فيه واعتناله يختلف الحكم فيه باختلاف المدعى فيه الذي يكون غنارا أو حيوانا أو شيئا يسرع إليه الفساد ، وقد فصل الكلام عنها ابن فرحون في (تبصرته : 179/1 وما بعدها) .

(11) اللطنخ : الشهود غير العدول (ن د : 179/1)

(12) التوقيف هنا يكون بمنع الذي في يده الغنار من أن يتصرف فيه تصرفا يفيته ، كالبيع والهبة ، أو تخرجه به عن حاله ، كالبناء والهدم ونحو ذلك من غير أن ترفع يده عنه (ن د : 179/1)

وإن كان ذلك إنما كان في يمين ، أو منازعة أو ما أشبهه ، فلا ينقض به عليه .

[رجوع الخوارج الى جماعة المسلمين]

596 - وأصل القول في الخوارج إذا رجعوا الى الجماعة : أن الدماء منهم موضوعة ، وكذلك الأموال الفائتة .

وما كان في أيديهم قائمة ، اخذ منهم .

وليس كذلك المحاربون ، لأن المحاربين خرجوا طوعا وخرج الخوارج على التأويل (13) .

[الحكم فيما بين اهل الذمة]

597 - والحكم فيما بين اهل الذمة على الحكم واجب ، فيما تطالعوا فيه من بيع ، شراء ، رهن وغصب .

ولا ما فيما لهم فيه شرعة مثل الحدود والزنا والطلاق والعتاق والخمر (14) ، فلا يحكم بينهم فيه إلا إن تراضوا جميعا .

فإن تراضوا كان الحكم بالخيار ، إن شاء حكم ، وإن شاء ردهم الى اهل دينهم (15) .

(13) انظر عن تأويل الخوارج (تبصرة ابن فرحون : 280/2)

(14) في الونائق المجموعة : أن حاكم المسلمين لا يحكم بينهم في الخمر والزنا والطلاق والعتاق .
وإنما يحكم بينهم في التظالم مثل أن يمنع وارث منهم وارثا آخر حقه ، وما أشبه ذلك إذا تراضى المتداعيان (ن،م : 85/2)

(15) يكن للناضي أن يحكم بين اهل الذمة وذلك إذا تراضوا اليه وأبدوا رضاهم بحكمه ، «وحيثما يحكم بينهم بحكم الاسلام» .

وجاء في العتبية أن ابن القاسم قال : لا يحكم بينهم حتى ترضى أساقفتهم .
ورأى غيره أن ذلك غير لازم لأن النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهوديين ، ولم يرد في الخبر أنه شاور أساقفتهم (ن،م : 85/2)

[الأرض لمن أحيها]

598 - وكل من أحيأ ارضا ميتة ، فهي له (16) . وحقيقة الاحياء : شق العيون ، وحفر الآبار ، وغرس الأشجار ، والحراث ، وبناء البنيان .

[الرجوع في الشهادة]

599 - وإذا رجع الشهود قبل القضية ، لم يحكم بها ، ولم تقبل شهادتهم فيما رجعوا اليه ،

فإن رجعوا بعد القضية ، نفذت القضية ، ولم تفسخ . وكان عليهم غرم ما أتلفوا على المشهود عليه (17) .

[حريم البئر]

600 - وليس لحريم البئر حد مسمى ، ولكن ما أضر بالبئر (18)

(16) هذا نص حديث نبوي رواه الترمذي .

عرف ابن عرفة إحياء الموات بقوله : « لقب لتعمير دائر الأرض بما يقتضي عدم انصراف العمر عن انتفاعه بها . وفي اللباب : « حقيقة الاحياء : العمارة ... وحكمه الجواز ، وهو سبب في الملك . وحكمة مشروعيته الرفق والحث على العمارة » (التاج والاكلیل : 2/6) .

(17) قال ابن عاصم في الراجع عن شهادته :

والراجع عنها قبوله اعتبر ما الحكم لم يعض وان لم يعتذر

وفي المتبعية : أن الراجع في شهادته إن كان مأمونا وأتى بشبهة قبل رجوعه والا فلا يقبل .

وعند أشهب وسحنون : أنه لا يؤدب مخافة أن لا يرجع احد . وبهذا الحكم جرى العمل .

وعند ابن القاسم : أنه يؤدب إذا لم يكن الرجوع عن زنا . وإذا كان الرجوع عن زنا فإنه يحد . انظر (البهجة

وحلي المعاصم : 102/1) .

(18) قال ابن شاس : أما البئر فليس لها حريم محدود لا اختلاف الأرض بالرخاة والصلابة ، ولكن حريمها ما لا

ضرر منه عليها وهو مقدار ما لا يضر بمائها ولا يضيق مناخ إبلها ولا مراض مواشيتها عند الورد ، ولأهل البئر منع

من أراد أن يحفر أو يبني بئرا في ذلك الحريم (التاج والاكلیل : 3/6) .

[ضمان ما أتلفته النار]

601 - وإذا أرسل الرجل في أرضه نارا/فاشتعلت واتصلت بأرض جاره وأحرقت [33-أ] وأفسدت ،

فان كان يرى في حين إرسالها وإشعالها أنها لا تبلغ الى ذلك المبلغ ، فلا شيء عليه ،
وإن كان يرى أنها تبلغ ذلك المبلغ ، فهو ضامن .

هكذا قال ابن القاسم .

قال سحنون : انما ينظر في ذلك الى ما يجوز والى ما لا يجوز . فما أرسل من النار التي يجوز له إرسالها ، فلا ضمان عليه فيما أصابت ، وما لا يجوز إرسالها فهو ضامن لما أصابت (19)

[الحيازة وصفتها]

602 - وكل من حاز شيئا بحضرة رجل ثم ادعى بعد ذلك المحوز عليه بحضرته ، فلا ينظر له في دعوى ، ولا يقبل فيه بينة .

وصفة الحيازة القاطعة للدعوى : الهدم ، والبنيان ، والغرس ، والاحكام التي تنقل الاملاك .
وأما السكنى فليست من تلك الحيازة ، قد يسكن الرجل بالكراء والعمرى وما أشبه ذلك .

[الخروج بالمدعى فيه]

603 - وكل من حكم عليه في دابة ، أو عبد ، أو عرض ، فله أن يضع القيمة ويخرج

(19) عقد ابراهيم بن فرحون لهذه المسألة فصلا جاء فيه : « اذا أوقد رجل نارا لعمل عمله ، فترامت النار حتى أحرقت زرع رجل في أندرته ، فان كان قد غرلقربه من الأندر فهو ضامن .. وان كان عمله للنار على بعد من الأندر في موضع مأمون ، فتخاملت النار أو حملها الريح حتى أحرقت ما في الأندر فلا ضمان على الذي حملها » (تبصرة ابن فرحون : 348/2)

بها مطبوعا في عنقها الى المكان الذي يستحق حنه على من باعه ،
فان دخلها نقص أخذ المستحق القيمة .
وليس حوالة الاسواق بنقص يستحق به القيمة الموضوعة .

باب الديات (*)

[الدية في قتل النفس]

604 - قال محمد : أصل التول في الديات : ان النفس فيها ألف دينار من الذهب على أهل الذهب ، واثنى عشر ألف درهم من الورق على أهل الورق ، ومائة من الابل على أهل الابل .

ودية النفس منقسمة على ثلاثة أوجه :

- على حكم الخطأ

- وعلى حكم العمد

- وعلى حكم التغليب

فأسنان دية الخطأ من الابل : عشرون بنت مخاض ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة تحملها العاقلة (1) بثلاثة أعوام .

وأما أسنان دية العمد : فخمسة وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة .

وأما أسنان دية التغليب : فثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة ، وأربعون خليفة (2) .

(*) الدية مأخوذة من الودي بوزن الفتى ، وهو الهلاك . سميت بذلك لأنها مسببة عنه .

ودية كعدة محدوفة الفاء وهي الواو وعوض عنها هاء التانيث . وهي تختلف باختلاف الناس بحسب أموالهم من ابل وذهب وورق (الصاوي على الشرح الصغير : 372/4) .

(1) قال ابن عرفة : « الدية تجب بقتل آدمي حر عن دمه أو بجرحه مفدرا شرعا لا باجتهاد » (حدود ابن عرفة) .

(2) أي حاملة . خلفت الناقة حملت (اللسان : خلف) .

قال محمد : و ن مذهب ابن الناسم : أنه اذا وقع التغليظ على أهل الذهب والورق : أن يزداد على الدية في الدراهم مقدار زيادة النيمة في دية أسنان التغليظ على قيمة أسنان الخطأ .

وبيان ذلك ان ينال : ما قيمة دية أسنان الخطأ ؟ فينال : الف .

ثم ينال : وما قيمة أسنان دية التغليظ ؟ فينال : الف وخمسمائة .

فقد زادت الدية مثل نصفها : فيكون على أهل الدراهم دية ونصف ، ويكون على أهل لذهب دية ونصف .

وقال محمد بن عبد الحكم : اذا وقعت دية التغليظ على أهل الذهب والورق : لم تغلظ للأسنان دية العمد فضلا على دية أسنان الخطأ .

واذا وقعت على أهل الذهب والفضة لم يُزد فيها شيء .

فكذلك التغليظ اذا وقع على أهل الذهب والورق .

قال محمد في الديوان المستخرج من الأسمعة : ان الدية في العمد يزداد فيها اذا وقعت على أهل الذهب والورق ، كما يزداد في دية التغليظ على التفسير الذي تقدم .

[الدية الكاملة في غير النفس]

605 - ومن الأعضاء والجوارح التي فيها الدية كاملة وإن لم تبلغ للنفس :

البصر : فيه الدية جميعا .

وفي كل عين نصف الدية .

وفي السمع : الدية .

وفي اليدين جميعا الدية .

وفي كل واحدة نصف الدية .

وفي كل اصبع عشرة من الابل .

وفي كل اثملة ثلث دية الأصبع إلا الإبهام فإن فيه اثمتين .

وفي الرجلين الدية .

وفي كل واحدة نصف الدية .

وفي الأنف الدية/ إذا وعب جذعا (3) . والمارن في الأنف (4) إذا قطعت بجيت فيه [33 - ب]
الدية . كالحشفة في الذكر إذا قطعت وجبت فيها الدية كاملة .

وفي اللسان الدية . وإذا ذهب كلامه وان لم ينطع (5) ففيه الدية كاملة .

في لشفتين لدية كاملة .

في الصلب لدية كاملة إذا قعده . فان لم ينعده . لكن كسر . يرى على شين ظاهرا .
فإنما فيه لاجتهاد .

(3) أي قطع كله .

(4) طرفه .

(5) جمع الغافسي الأعضاء والجوارح التي تبلغ فيها الدية كاملة في الرجز الآتي :

بكل شيء هو في الانسان	منفرد وليس منه اثنان
فدية الانسان فيه تكمل	في كل جسم خمسة تحصل
أول ما يذكر منه عقله	ثم اللسان يعطى ذاك مثله
والأنف والذكر ثم الصلب	وكلها منصوصة في الكتب
وما يكون منه اثنان في الجسد	فجملة الدية فيها تعد
وهي سبع في جميع الابدان	جلتها العينان ثم الاذنان
وبعدها فعدد اليدين	وصلهما في ذاك بالرجلين
والشفتان ثم اثنيان	وبعدها في المرأة الثديان
(زروق على الرسالة : 235/2) .	

وفي الذكر الدية كاملة ،
وفي الانثيين الدية كاملة ، كان قصم الذكر والانثيين معا في فور أو مختلفين .
وفي عين الأعور الدية كاملة .
وفي تدي المرأة الدية كاملة .

[دية المرأة]

606 - ودية المرأة على النصف من دية الرجل (6) .

[دية الذمي والمجوسي والجنين]

607 - ودية رجال أهل الذمة من أهل الكتاب على النصف من دية رجال المسلمين ،
ودية نسائهم على النصف من دية نساء المسلمين (7) .

ودية المجوس ثمانمائة درهم (8) .

ودية الجنين إذا ضرب في بطن أمه فسقط ميتا غرة - عبدا أو أمة - قيمته خمسون دينارا .

[الدية في جنايات أخرى]

608 - والسن فيها خمس من الابل .

والموضحة (9) لا تكون الا في الرأس ، وهي التي توضح العظم : فيها نصف عشر الدية .

والمنقلة (10) لا تكون الا في الرأس ، وهي التي تحرك عظم الرأس : فيها عشر الدية ونصف عشر الدية .

والمأمومة (11) لا تكون الا في الرأس ، وهي التي تفضي الى ام الرأس وهو الدماغ : فيها ثلث الدية .

8,7,6 (انظر) ذروق على الرسالة : 232/2 ، 233) .

11,10,9 (انظر) قوانين الاحكام : 257) .

والجائفة في الجوف ، وهي التي تفضي الى الجوف : فيها ثلث الدية (12) .

وما سوى ذلك من الجراح فانما فيه الاجتهاد .

[دية الجنين المستهل]

609 - والجنين اذا سقط فاستهل : كانت ديته كاملة ان كان خطأ ،

وان كان عمدا قتل به ضارب البطن ومسقطه .

قال ابن القاسم : وانما يقتل به اذا قصد الضارب بطنها أو ظهرها أو موضعا يرى انه قصد الجنين .

وأما ان ضرب موضعا لا يرى انه قصد الجنين فلا قود عليه .

[دية المرتد]

610 - واختلف أصحاب مالك في دية المرتد اذا قتل قبل ان يستتاب .

قال ابن القاسم : ديته دية القوم الذين ارتد اليهم .

قال أشهب وسحنون : لا شيء على قاتله لانه مباح الدم . وبه يقول سحنون .

وذكر عن أشهب من غير رواية سحنون : ان ديته دية مجوسي ، لأنه على دين لا يقر عليه (13) .

(12) انظر (قوانين الاحكام : 257) .

(13) انظر الكلام في الدييات مفصلة بأدلتها في (بداية المجتهد : 492/2) .

باب القسامة (*)

[أوجه القسامة]

611 - قال محمد : اصل مذهب مالك في القسامة ؛ أنها تكون بثلاثة أوجه :

- بان يقول الميت : دمي عند فلان ، ويشهد على قوله ذلك شاهدان عدلان : فيقسم الورثة على ما قال الميت ، من عمد أو خطأ ، ويستحقون ذلك .
- والوجه الثاني : أن يموت الميت ولا يقول شيئاً ، فيقوم لأوليائه بعد موته لوث من بينة تشهد ان فلانا قتله .
- وهذا اللوث المذكور في كتبهم لا يكون الا شاهدا عدلا .

قال أشهب عن مالك : يكون اللوث شاهداً غير عدل ، فيقسم الورثة مع شهادته ويستحقونه .

- والوجه الثالث : أن يشهد شاهدان على ضربه بالسيف وجرحه ، ثم يعيش أياماً يأكل ويشرب ثم يموت ؛ فلا يستحق الورثة دمه الا بقسامة .
- وإن لم يأكل ولا يشرب ، وبقي مضرراً حتى مات ؛ فلا قسامة فيه وديته ثابتة .
- وان أنفذ مقاتله ثبت دمه بالشاهدين ، وان أكل وشرب .

(*) القسامة : « حلف خمسين يمينا أوجزه ما على إثبات الدم » ابن عرفة .
وهي متوالية بقولهم : (والله الذي لا إله غيره لسن ضربه مات) ويحلفها البالغ العاقل على الميت والجزم (الشرح الصغير : 415/4) .

[القسامة مع الشاهد الواحد]

612 - قال محمد : وإن لم يتم على الضرب الا شاهد واحد ، وقد عاش وأكل وشرب
ثم مات : فقد تنازع في ذلك / الرواة . [34 - أ]

فذهب ابن القاسم : انه يقسم معه ،
وقال غيره من أصحابه : لا يقسم على ذلك ، الا بان يثبت أصل الضرب والجراح ، ثم
يقسم الورثة انه مات من ذلك .

قال محمد : ليس يوجب مالك دية بشاهد واحد ويمين واحدة بغير قسامة الا في موضعين :
أحدهما : الذمي يقيم شاهداً واحداً على قتل وليه ، فيحلف يميناً واحدة ويستحق دم
صاحبه ،

وجعل دم الذمي كدم العبد - الذي هو قيمة - يستحق كسائر الاموال .

والوجه الثاني : الكلب العقور يقوم على عنقه شاهد واحد ، وقد تقدم الى صاحبه ، فانه
يحلف مع الشاهد ، ويستحق الدية على صاحب الكلب .

وقال ابن مزين : قال اصبغ : لا يثبت شيء من فعل العجاء الا بشاهدين . فاذا قال :
دمي عند فلان ، ولم يقل عمداً ولا خطأ
فان اجتمع الورثة على عمد أو على خطأ حلفوا واستحقوا ذلك ،
وان اختلفوا ثبت حكم الخطأ وسقط حكم العمد .

[الخالف في قسامة العمد]

613 - وأصل مذهب مالك : أنه لا يحلف في قسامة العمد أقل من رجلين ، ولا يحلف
فيها النساء .

وأما الخطأ فيحلف فيه الوارث الواحد والمرأة ، لأنه مال وليس بدم (1) .

(1) يحلف أيمان القسامة في قتل الخطأ وارث المقتول من المكلفين ، وتوزع الأيمان على قدر الميراث ، وإن كان
الوارث واحداً يحلف ويأخذ حظه من الدية (الشرح الصغير : 417/4) .

[النسامة في العمد على واحد والقتل في القسامة في واحد]

614 - ومن اصلهم : انه لا ينقسم في العمد الا على واحد فقط . ولا يمثل (2) في النسامة اكثر من واحد .

واما الخطا فانه يستحق بالقسامة على الجماعة .

وقال المغيره المنخزومي : يمثل بالقسامة الجماعة ، وهكذا كان في الزمن الأول حتى كانت ايام معاوية .

[انبناء القسامة على قول الثتيل]

615 - ومن مذهب مالك : انه ان كان القاتل : دمي عند فلان ، مسخوطا ، فرمى بدمه مسخوطا ، ورمى بدمه أَوْرَع من في البلد : ان حكم ذلك كله واحد ، ويفيل قوله ويستحق دمه .

(2) حاصل المسألة ان المعتمد : انه لا يقتل بالقسامة في العمل الا واحد ولو تعدد نوع الفعل واختلف ، وغيره من الأقوال ضعيف (الصاوي على الشرح الصغير : 4/419) .

باب احكام القتل والجراح (*)

[الفرق بين الخطا والعمد]

616 - قال محمد : اصل مذهب مالك بن انس والرواة من اصحابه : أن كل ما تولد من التصارع والرمي عن اللعب والهزل : فحكمه حكم الخطا (1) .

وما تولد من ذلك من الجد والقتال : فحكمه حكم العمد .

انظر : فاذا بلغت الجنابة الخطأ ثلث دبة الجاني أو ثلث دبة المجني عليه : حملها عاقلة الجاني .

[القصاص من الوالد]

617 - ومن مذهبه : أنه إذا رمى الوالد ولده فقتله : فإنه لا يقتل به ، وتغليظ عليه الدية ، على ما شرحته في باب الديات .

وإن أضجعه فذبحه ، أو قدمه للسياق صبرا : قُتِلَ به (2) .

(*) القتل شرعا : إزهاق نفس بفعل ناجزا أو عصب غمرة انظر (الرضاع : 474) .

والجرح : « هو تأثير الجنابة في الجسم » ابن عرفة .

(1) من الفقهاء من يرى أن القتل عند اللعب لا بعد خطأ إلا إذا تلاعبا معا ، وأما أن لم يلعب القاتل فقيه الفود (مواهب الجليل : 240/6) .

ويذكر اصبيغ : أن الجاني إذا القى حية سامة على رجل فقتله ثم ادعى أنه قصد اللعب فإنه لا يصدق (التاج والأكليل : 241/6) .

(2) إذا قتل الأب ابنه فإن كان على وجه العمد المحض مثل أن يذبحه ويشق بطنه : فيقتل له منه ، وإن كان على غير ذلك مما يحتمل الشبه أو التأديب وعدم العمد فلا قصاص . وهذا الحكم ينطبق على الأم والأجداد والجدة (قوانين الاحكام : 255) .

[التكافؤ في القصاص]

618 - ولا يقتل حرّ بعبد ، ولا مسلم بكافر (3) .
ويقتل الرجل بالمرأة ، وبالطفل الصغير (4) .
[الجرح القاتل]

619 - وكل جرح أفضى الى نفس ؛ بطل حكم الجراح وصار الحكم للنفس .

[الجرح المفضي الى ذهاب جارحة]

620 - وكل جرح أفضى الى ذهاب جارحة ، فإن كان الجرح الأول عمدا اقتصر من الجراح بمثله .

فإن ذهب منه ما ذهب من المجروح الأول ؛ كان ذلك قصاصا (5) .

وإن لم يذهب منه ما ذهب من الأول ؛ كان عليه ارش ذلك (6) .

والفرق بين ما أفضى الى النفس وبين ما أفضى الى جارحة أخرى ؛ أن النفس مطلوبة في كل عضو ، وليس يطالب سائر الأعضاء الا من مكان اعيانها فقط ، فلذلك افترقا

[الدية عند العفو]

34-ب [621 - وإذا قُتِلَ الرجل وله أولياء فعفا/بعضهم عن الدم ؛ أسقط حكم القصاص ، وصار الحكم الى الدية (7) .

(3) يقتل الأدنى بالأعلى كحر كتابي بعبد مسلم . فالاسلام أعلى من الحرية . ولا يقتل الأعلى بالأدنى كمسلم بحرّ كتابي (الشرح الصغير : 244/4) .

(4) يقتل الذكر بالأنثى إذا لم يكن القاتل زائدا حرية او اسلاما (الصاوي على الشرح الصغير : 345/4) .

(5) القصاص يقال له القود ايضا (قوانين الاحكام : 253) .

(6) قال ابن الحاجب في هذا الصدد « ان ذهب كسمع وبصر بسراية ما فيه القصاص كموضحة اقتصر له منها فان ذهب منه استوفى ، والا فعليه دية ما لم يذهب » (التاج والأكليل : 248/6) .

(7) اتفق العلماء على ان لولي الدم احد شيئين : القصاص ، أو العفو . والعفو ؛ اما على الدية ، واما على غير الدية (بداية المجتهد : 435/2) .

[بماذا يقتصر من القاتل]

622 - ومن مذهبهم : انه يقتصر من القاتل كما قتل .

ان قتله بحجر اقتصر منه بحجر ، وان كان بالعصا فبالعصا ، وان قتله خنفا ، قتل به خنفا وان غرقه غرق ، وان ساء رأى السلطان في ذلك رآه .

[امتناع القاتل من غرم الدية عند العفو]

623 - وان عفا ولي المنتول عن القاتل على أن يندم اليه الدية ، فأبى القاتل غرمها وبذل دمه فذلك له .

هذا مذهب ابن الناسم

وأشهب يخالفه ويقول : اذا وجد لحن دمه سبيلا فليس له أن يسفكه .

واعتل في ذلك بأن قال : ألا ترى أنه إذا فداءه من أرض الحرب كان على المفدى أن يغرم ما افتدى به كرها .

واعتل في ذلك أيضا مطرف بن عبد الله بأن قال : انما يحامي عن مال وارث يصير اليه بعد قتله (8)

[ثبوت السن بعد القلع]

624 - قال ابن الناسم : وإذا قُلع سن الرجل فردها فنبئت : فإن له العنل إن كان خطأ ، والنود إن كان عمدا (9) .

(8) رواية ابن الناسم عن مالك هي المشهورة . ودليله في ذلك حديث أنس بن مالك « كتاب الله النصاص » فعلم بدليل الخطاب بأنه ليس له إلا النصاص .

وأما دليل أشهب وهي رواية عن مالك وهي رأى أكثر فقهاء المدينة فهو ما رواه أبو هريرة : « من قتل له فتيل فهو بخير النظرين بين أن يأخذ الدية وبين أن يعفو » (ن م)

(9) هذا مذهب المدونة . انظر (مواهب الجليل : 262، 261/6)

وخالفه المغيرة وأشهب وقالوا : إن كان عمدا فعليه القصاص ، وإن كان خطأ فلا عقل فيه .

قال محمد : وإنما قالوا ذلك لأن العمد القصاص فيه على ما عليه الجرح ساعة الجناية .
والخطأ إنما العقل (10) فيه على ما عليه الجرح يوم النظر .

[دية كعب المرأة]

625 - ومن مذهب ابن القاسم : أن المرأة إذا أخذت من كعب واحدة نحو ثلث دية الرجل فما قطع من تلك الكعب بعد ذلك فانما عنفله عنف المرأة .

خالفه ابن الماجشون وقال : في كل أصبع مما هنالك من بعد عشر من الابل ، إلا أن تكون الجناية في فور واحد .

[ما لا تحمله العاقلة]

626 - ومن قولهم : إن العاقلة لا تحمل عمدا ولا عبدا ولا اعترافا .

[القصاص من الموضحة]

627 - واختلف ابن القاسم وأشهب في القصاص من الموضحة .

فقال ابن القاسم : على مقدار طول الموضحة .

وقال أشهب : على مندار ما أخذت من أجزاء الرأس يؤخذ ذلك الجزء من رأس الجاني ، لأن الرؤوس مختلفة .

(10) دية الخطأ محمولة على العاقلة استثناء من قوله تعالى : « ولا تزر وازرة وزر أخرى » الانعام : 64 - ومن قوله صلى الله عليه وسلم لأبي زمرة ولولده « لا يجني عليك ولا تجني عليه » ابو داود .
والعاقلة هي النراية من قبل الاب . (بداية المجتهد : 446/2)

[إسقاط ضرر صبي]

628 - وإذا جنى الرجل على صبي فأستط سنه وقف العتل (11) .

فإن نبتت فلا شيء على الجاني .

وإن لم تنبت تم للصبي العتل الذي وقف له (12) .

فإن مات الصبي من قبل ذلك ورث عنه .

[تحمل الدية]

629 - ولا يحمل أهل البوادي وأهل الحضرة واحدة . ولكن إذا لم يستوعب القليل حمل الدية من أهل البادية أو الحاضرة ضم اليهم أقرب القبائل اليهم .

[ضمان صاحب الحفير]

630 - ومن حفر حفيرا يرصد به انسانا ، فما عطب فيه ضمنه الحافر ، كان ذلك العاطب فيه المرصود أو غيره (13) ،

ولو حفر حيث يجوز له : لم يضمن ما عطب في حفيره .

[العمد في القتل والجراح]

631 - قال محمد : وجوه العمد في القتل والجراح مختلفة .

(11) والعقل : ما تدفعه العاقلة . العقل في السن يكون بخمس من الابل .

(12) لا تقع المبادرة بالحكم في سن الصبي الذي لم يشفر حتى يقع اليأس من نباتها ، وعند هذا اليأس يحكم بالفود أو الدية

يقول خليل : « وسن الصغير لم يشفر للأياس كالتود ، والا انتظر سنة وسقط ان عادت » (مواهب الجليل : 261/6)

(13) هذا الذي يحفر حفيرا يرصد به انسانا يضمن ما عطب في حفيره لانه بهذا الفعل يكون متسببا ، بحيث يقال عادة إن الهلاك حصل بواسطته ، وهو متعمد الاضرار بغيره ، ولا يضمن اذا لم يكن متعمدا .

وأما المباشر فإنه يضمن مطلنا اذ تنول القاعدة « المباشر ضامن وان لم يتعمد » (المدخل الفقهي العام : 1044/2 ، 1045)

فما أمكن فيه القصاص ولم يمتنع ، فترك القصاص واصطلح على الدية فيه ، فذلك الذي لا تحمله العاقلة .

وكذلك ما وجه فيه القصاص ، إلا أن موضعه من الجاني معدوم ، مثل : الأقطع ينقطع يد رجل ، أو الأعمى يفتأ عين رجل ، وما أشبه ذلك ، فهذا أيضا في مال الجاني لا تحمله العاقلة .

وعمد ثالث لا قصاص فيه البتة ، كان موضع النصاص معدوما أو ميجودا ، مثل : المأمومة ، والجائفة : فذلك العمد تحمله العاقلة ،

وقد اختلف ابن القاسم وأشهب في الذي يُنتل عمدا .

فقال ابن القاسم : لا تحمله العاقلة .

وقال أشهب : تحمله العاقلة ، وهو كالجائفة والمأمومة وما أشبه ذلك .

[حمل الدية المغلظة]

632 - واختلف الرواة فيمن يحمل الدية المغلظة .

فقال ابن القاسم : هي في مال الأب .

وقال ابن الماجشون وأشهب وسحنون : تحمله العاقلة .

[دية العمد تكون في مال القاتل]

[35 - أ] 633 - قال محمد : وجل أصحاب مالك/ على أن دية العمد اذا قبلت إنها تكون حالة في مال القاتل .

وروى ابن نافع عن مالك وحسين بن عاصم عن ابن القاسم : أنها تكون في ثلاث سنين .

[القصاص من الحر والعبد]

634 - ولا قصاص بين الحر والعبد في الجراح ، كان العبد هو الجراح أو المجروح .

والقصاص بين الحر والعبد في النفس اذا كان العبد القاتل .

والقصاص بين العبيد في النفس والجراح كهيئته بين الاحرار، وذلك يرجع الى إرادة
ساداتهم لا إرادة العبيد انفسهم (14) .

(14) انظر : (ابن ناجي على الرسالة : 242/2 و 243) .

باب حدّ القذف (*)

[ما يجب به حد القذف]

635 - قال محمد : أصل ما يجب به الحد في هذا الباب ثلاثة أشياء :

- بالقذف المصرح بالزنى ،
- وبالنفي من النسب (1) ،
- وبالتعريض فيها جميعا (2) .

[القذف بوطء محرم]

636 - وكلّ من قذف رجلا بوطء محرم لا يجب فيه الحدّ : فلا حدّ على القاذف ، وإنما فيه النكال .

وإن قذفه بوطء يجب فيه الحد والرجم : فعليه فيه الحد .

(*) القذف عند ابن عرفة اعم ، واخص بإيجاب الحد .

فالأول : نسبة آدمي وغيره لزنا أو قطع نسب مسلم

والثاني : نسبة آدمي مكلف غيره حرا عفيفا مسلما بالغا ، أو صغيرة تطيق الوطء لزنا أو قطع نسب مسلم (مواهب الجليل : 298/6)

(1) إذا قذف المسلم ذميا زجر وإذا قذف نصرانية وهي زوجة مسلم نكل ، وأما إذا افتري الذمي على مسلم فانه يحد (التاج والاكلیل : 298/6)

قال ابن رشد : يجب حد القذف على مذهب مالك في وجهين : أحدهما أن يرميه بالزنا ، والثاني أن ينفيه عن نسبه (ن.م : 300/6)

(2) من صور التعريض ما ذكر في كتاب الموازية « ان قال رجل لرجل في مشاقمة اني لعفيف الفرج وما انا بزان حد » (ن.م : 303/6)

[حدّ نفي النسب]

637 - وإذا نفي مسلماً عن أبيه ، وأبوه علي غير دين الاسلام ، حد له .

وكذلك إن قاله لعبده وأبواه حران مسلمان .

[العفو عن القاذف]

638 - ومن الأصل في هذا الباب : أنّه لا يجوز العفو عن القاذف إذا بلغ السلطان ، (3) إلّا أن يريد ستراً .

ووجه ذلك : أن يكشفه الامام : فان احسّر أن المقذوف إن طوبى الكشف عليه صدق ذلك ، أجاز عفو عن قاذفه .

(3) التعازير يجوز فيها الشفاعة والعفو وإن بلغ أمرها إلى السلطان . وأما الحد فالعفو فيه يكون قبل بلوغه إلى الامام إلا إذا كان عفو من الابن عن أبيه أو عن جده ، فهو جائز ولو بعد بلوغ الأمر إلى الامام (مواهب الجليل : 305/6) .

باب حدّ الزنا (*)

[درء الحد بالشبهة]

639 - قال محمد : من أصول هذا الباب قولهم : ان الحدود تدرأ بالشبهات (1) .

[عدم الجمع بين الرجم والحد]

640 - ولا يقام مع الرجم شيء من الحدود ولا من القصاص ، كانت لله أول للناس ، إلا حدّ الفرية .

[الحد بعد البلوغ]

641 - ولا يحّد الصبي ولا الصبية حتى يحتلم الغلام وتحيض الجارية أو يأتي عليهما من السنين ما لا يبلغه أحد إلا كان بالغاً ؛ فيجب حكم الحد حينئذ (2) .

(*) اصل اشتقاق كلمة الزنا من الضيق والشيء الضيق لأن الزاني ضيق على نفسه من حيث أخرج نطفته إخراجاً لا ينسب إليه (مواهب الجليل : 290/6)

وشرعاً قال ابن عرفة : «الزنا تغيب حشفة آدمي في فرج آخر دون شبهة عمدا» (التاج والاكلیل : 290/6) ويلاحظ ان ابن حارث تكلم في هذا الباب عن حد الزنا ، وبعض الحدود الأخرى ، وما لا حد فيه .

(1) بوضع المقرئ ان الشبهة التي تدرأ حد الزنا على ثلاثة أنواع :

- شبهة في الفاعل كالذي يطأ اجنبية يظنها زوجته .

- شبهة في المفعول كالأمة المشتركة يطأها أحد الشريكين .

- شبهة في طريق النكاح كالمختلف فيه اختلافاً قوياً .

(قواعد المقرئ : 267 مخطوط دار الكتب بتونس رقم 14682) .

(2) شرط إيجاب حد الزنا ان يكون الزاني مكلفاً مسلماً (التاج والاكلیل : 290/6) .

[ما يهضم وما لا يهضم من الحدود]

642 - وحد الخمر وحد الفرية : واحد يجزي عنهما .

وحد الزنا ان ظهر بكوا وحد الفرية : حدان .

ابن اناجشون يقول : يدخل حد الفرية في حد الزنا .

[حد من اشترى اخته]

643 - واذا اشترى اخته فوطئها ، فإن أعذر بالجهالة ولم يظن به أنه يعلم أنها تعتق عليه لم يحد .

[ما فيه الحد وما لا حد فيه من النكاح]

644 - ويجب على الرجل الحد في نكاح الخامسة ، والمطلقة ثلاثا ، والأخت من الرضاة (3) ،

ولا يحد في المتزوجة على عمتها ، وخالتها ، ولا نكاح انتعة ، ولا النكاح في العدة .

وقد روى علي بن زياد عن مالك : أنه يحد في نكاح العدة .

ولا يحد في وطء المرتدة بعد ارتدادها ، اذا كانت زوجة وأمة .

ولا يحد في ملك يمينه ، اذا كانت اخته من الرضاة ، ولا عمته بملك اليمين ، لشبهة الملك .

(3) من تزوج خامسة ، أو تزوج اخته من الرضاة ، أو تزوج مطلقة ثلاثا قبل أن يظاها زوج آخر ، فإن ادعى الجهالة أو التحريم وصله بجهل ذلك فلا حد عليه ، وإن كان عابثا ولم يعذر بجهله فإنه يحد ولا يلحق به الولد .
ونقل ابن حبيب عن أصبغ : أن هذا هو حكم من تزوج اخته من النسب أيضا
وقال ابن الناسم : إن هذا هو حكم من تزوج حتى غير الاخت من ذوات المنحارم (ن.م : 293/6)

واذا وطئ أم ولده بعد العتق ، أو زوجته في عدتها من طلاقها ثلاثا ، فإن كان عانا
حدّ ، وإن كان ممن يعذر بالجهالة لم يحد .

ومن وطئ أمة فعليه الحد (4)

(4) أن من اعتق أمة ثم وطئها دون أن يعقد عليها فإنه يحد إذا لم يعذر (ن.م : 293/6)

باب حدّ السرقة (*)

[تقويم السرقة]

645 - قال محمد : الأصل في تنويم السرقة : أن تنوم بالدرهم ، فإن بلغت ثلاثة دراهم قطع ، وإن لم تبلغ لم ينطع (1) ، وإن كان قيمته ربع دينار ، إلا أن يسرق ربع دينار ذهباً فينطع .

[سرقة الجماعة]

646 - والأصل فيما تسرقه الجماعة (2) أن ينظر : فإن كان شيئاً توزعوا حمله ، أخذ كل واحد منهم شيئاً فخرج به : لم ينطع كل واحد منهم ، إلا أن يخرج / ما قيمته ثلاثة [35 - ب] دراهم .

(*) عرف خليل السرقة في « التوضيح » بما يلي : « أخذ المال خفية من غير أن يؤتمن عليه » (مواهب الجليل : 306.305/6)

(1) نزل عن ابن الناسم أن السارق إذا أخرج المنسروق من البيت على مرات يخرج في كل مرة بما قيمته درهم أو درهماً ، فإنه لا ينطع حتى يخرج في مرة واحدة بقيمة ثلاثة دراهم .

وخالف في ذلك سحنون فقال : ينطع إذا اجتمع مما خرج به ما يجب فيه النطع إذا كان ذلك في فور واحد . وهذا فيما يحتمل أن يكون السارق عاد فيه لسرقة أخرى .

وأما ما يجده مجتمعاً فلا يندرج على أخراجه في مرة واحدة فيضطر لنقله شيئاً فشيئاً فإن عمله يعتبر سرقة واحدة لأن خروجه كان بنية العود ، ولا يصدق إذا ادعى أنها سرقة أخرى بنية أخرى : (ن ، م 309.308/6)

يذكر ابن الناسم أنه لا يكتفى في تنسيم ما سرق برجل واحد بل بقيمها عدلان دون نظرا إلى من خالفها في القيمة (النوادر ، الجزء الأخير : 97 مخطوط دار الكتب الوطنية 5770)

(2) إذا تكونت الجماعة من مكلف وغير مكلف كالصبي والمنجنون ، قطع المكلف ولم ينطع غيره من المشاركين له (المدونة : 277/6) .

وإن كان شيئاً يحملونه : قطعوا كلهم .

وإن حملوه على أحدهم ولم يعينوه : فلا ينطع الا الذي أخرجه فقط .
فإن أعانوه : قطعوا ، إلا أن يكون مما لا يحتاج فيه الى معاونتهم ، فلا ينطع (3) .

[وجوب القطع]

647 - وكل سارق ، فلا يجب عليه النطع حتى يخرج السرقة من حرزها ، وتكون قيمتها ثلاثة دراهم فصاعداً .

[حرز المسروق]

648 - وجملته النول في الحرز : أن كل شيء له مكان معروف : فمكانه حرزه . وكل شيء له حافظه ، فحافظه حرزه .

[ضمان السارق]

649 - والاصل : أن السارق المنطوع : لا يضمن السرقة ، إلا أن يكون موسراً يوم السرقة ، ويتمادي ذلك الى يوم النطع (4) .

[حد المحارب]

650 - وكل محارب : فالامام فيه مخير ، ما لم يستل ،
فإن قتل لم يكن للامام فيه خيار ، ووجب عليه قتله (5) .

(3) قال ابن رشد في المفدمات : « يجب النطع في النصاب باخراجه من الحرز سرقة واحد من واحد او جماعة من جماعة او جماعة من واحد او واحد من جماعة اذا تعاونوا في اخراجه لحاجتهم الى التعاون في ذلك (مواهب الجليل : 309/6)

(4) هناك صورة ينع فيها ضمان قيمة المسروق دون ان ينطع السارق ، وهي صورة اكل السارق الطعام المسروق قبل خروجه من بيت ربه (الكليات الفقهية لابن غازي - كتاب الحدود ، الكلية الأخيرة) .

(5) المحارب هو الباغي المعتدي على أمن الجماعة بمحاربة الناس خارج المدن وأخذ أموالهم وأصل هذا الحكم من قوله تعالى : « اغنا جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض » المائدة : 33 .

باب أحكام الغائب (*)

[القضاء على الغائب]

651 - قال محمد : أصل من ذهب مالك بن أنس : أن القضاء (1) يجري على الغائب كما يجري على الحاضر ، إلا أن يبقى على حجته إذا قدم .
إلا في الرباع ، فإنه لا يحكم عليه فيها .

هكذا روى ابن القاسم عنه .

وأنكر ذلك ابن الماجشون من رواية ابن حبيب وقال : يقتضي عليه في كل شيء (2) .

ومن قولهم في الغائب : أن السلطان إذا قضى عليه بالحق ، باع عليه وقضى عنه . وليس يقتضي له حقا ، ولا يقبض له شيئا .

(*) الغائب : هو الذي فقد ولم يدر له مكان . وتعلق به أحكام كثيرة تختلف باختلاف مكان فقده ، كما سيأتي بيانه أثناء الباب .

(1) انظر التعريف الشرعي للقضاء أول باب الأفضية أعلاه .

(2) إلى هذا مال ابن رشد ، فأوضح أن الغيبة إذا كانت بعيدة يحكم على الغائب في كل شيء : الحيوان والعروض والدين والرباع والأصول ، وترجى حجته في ذلك ، وذلك إذا كانت الطريق مأمونة بسلوكه ، أما إن لم تكن كذلك فإنه يحكم عليه وإن كانت الغيبة قريبة . .

وقال ابن شاس : « القضاء على الغائب نافذ ويحلف للقاضي المدعي بعد البينة على عدم الإبراء والاستيفاء والاعتراض والاحالة والاحتياط والتوكيل على الاقتضاء في جميع الحقوق (التاج والأكيل : 144/6) . »

[نفقة الغائب على زوجته]

652 - وإذا كان الغائب في غيبته عديما معسرا ، لم يجب عليه لامرأته نفقة أنفقتها على نفسها .

وإن كان موسرا في غيبته ، وجب عليه غرم النفقة طول تلك المدة (3) .

[ميراث الغائب]

653 - وإذا وجب لغائب ميراث : لم ينبغ لوصي الميت أن يبيع شيئا من المال حتى يرفع الأمر الى السلطان ، فيوكل للغائب من ينظر له .

[عفو الغائب عن الدم]

654 - وإذا وجب لغائب وحاضر دم : لم يجب للحاضر أن يقتل ، لأن الغائب قد يعفو فلا يجب القتل ، ولكن ان عفا الحاضر جاز العفو .

[شفعة الغائب]

655 - ومن حكم الغائب : انه اذا وجبت له شفعة : لم تنتطع عنه أبدا ، علم بها أو لم يعلم (4) .

(3) لكن ان ادعى عند قدميه من مغيبه انه كان معسرا مدة الغيبة وأنكرت ذلك المرأة : فان كان حاله عند الخروج مجهولا فقال ابن القاسم يستدل بحالة قدميه على حالة غيبته فيصدق مع يمينه ان قدم معلما ولا يصدق ان قدم موسرا ، لأن الأصل عدم تغيير الحال
وان كان حاله عند الخروج حال المعدم فالاتفاق يسقط عنه ولا يعود الا بينين .
وهناك تفصيل آخر يتعلق بحال الجهل عند الخروج انظر (ميارة على تحفة الحكام : 255، 254/1) .
(4) في المدونة : « ان الغائب على شفيعته وان طالت غيبته وهو عالم بالشراء ، وان لم يعلم فهو احرى » .
وظاهر ذلك ان الغيبة القريبة والبعيدة سواء .
لكن اشهب قيد الغيبة بالبعيدة ، ولم يعتبر الغيبة القريبة من الأعذار التي يبقى معها الشفيع على حقه في الشفعة .

قال ابن عاصم :

وغائب باق عليها وكذا ذو العذر لم يجهد اليها منفذا

[ظهور الغائب بعد نعيه]

656 - وإذا نعي الغائب الى زوجته ، فاعتدت ، وتزوجت ، وبيعت أمواله ، واقتسمها ورثته ، ثم أتى حيا : فإن زوجته ترجع اليه (5) . ويسترد جميع ما وجد من أمواله قائمة بعينها .

[استحقاق السيد عبيده بعد غيبته]

657 - وما حدث في الرقيق من عتق أو إيلاد : لم يمنعه ذلك من قبضهم بلا ثمن وهو مستحق لجميعهم وهذا إذا قصد الشهود على موته الزور ، أو كان ذلك من أمره غير ثابت في ظاهره .

وأما إن كان للشهود شبه عليهم (6) وثبت ذلك في الظاهر ، فانه لا سبيل الى ما وجد من أمواله قائما الا بالنمن الذي دفعه المشتري . وما دخل عبيده أو نساءه من العتق والايلاذ والكتابة والتدبير : فهو فيهم فوت ، وإنما له النمن الذي بيعا به .

[رد زوج الغائب إليه]

658 - وأما المرأة فهي رد اليه في الجملة (7) .

ويبنى حق الغائب الذي لا يعلم بالشفعة ، فائما ، مراعاة لعنره وإذا رجع فان حقه لا يستطع الا اذا سكنت عن المطالبة مدة سنة ليس فيها مانع يمنعه من طلب الشفعة (حلي المعاصم - البهجة : 107/2) .

(5) لا تفوت الزوجة بالدخول في هذه الحالة ، وفي ذلك ينول خليل : « وان نعي لها فلا تفوت بدخول » وينول الناضي الكناسي : « ... التي نعي لها زوجها ويأتيها خبره انه توفي فتتزوج من غير اثبات ثم يندم فهو احق بها أبدا . » وذلك سواء حكم بموت الزوج او لم يحكم بموته .

وهذا النول هو المشهور في المذهب ، وهناك قول آخر بان دخول الثاني يفوتها على الأول وهو مذهب اسماعيل الناضي (مجالس الكناسي : 13 ب) .

(6) الشبهة التي تدفع عن الشهود تعمد الكذب وتجعلهم معذورين في خطاهم . مناها ان ينولوا : انهم رأوا هذا الزوج الذي نعوه طريحا في ساحة القتال فظنوه ميتا .

(7) عد ابن فرحون المسائل التي لا يقيت فيها الدخول بالزوجة على زوجها الأول ، فجعل منها هذه المسألة وعبر عنها بقوله : « المنعي اليها زوجها تتزوج ويدخل بها الزوج ثم يأتي زوجها فانها ترد اليه على المشهور » (المسائل الملتزمة : 1 ب) .

ويلاحظ ان التي ترد الى زوجها الأول بعد أن دخل بها الثاني يكون على الزوج الذي ردت اليه ان لا يطأها حتى تحيض وان كانت حاملا حتى تضع حملها (مواهب الجليل : 158/4) .

[الاخكام الناجمة عن فقد الزوج]

659 - وإذا فقد (8) الرجل ورفعت أمرها الى السلطان : كتب في أمره واستنصى ، فإن لم يجد له خبرا ضرب لامرأته أجل أربعة أعوام ثم اعتدت وتزوجت ووقفت أمواله حتى يأتي عليه من السنين ما لا يعيش معه الى مله (9) .

وان مات من ورثته الحاضرين أحد : وقف له ميراثه ، فان أتى عليه من السنين ما لا يعيش الى مله (10) اقتسم ماله ورثته الذين يرثونه في ذلك الوقت ليس يتم فند .

وما وقف له من ميراث من مات من يرثه فانه رد الى ورثة ذلك المالك الذي كان/حاضرا لأنه لا يرث أحد أحدًا بشك .

[متى يكون الزوج أحق بزوجته]

660 - فان أتى المفنيد حيا بعد أن تزوجت امرأته : كان أحق بها ما لم يدخل الماني ، فان دخل فلا حق له فيها .

وكذلك التي يبلغها الطلاق ولا تبلغها الرجعة .

8 الرجل المفنود عرفه ابن عرفة بدوله « من انتطع خبره ويمكن الكشف عنه » فلا يعد مفنودا من علم خبره كالأسير ولا من لا يستطيع الكشف عنه كالمحبوس فلا يحكم بفنده (حدود ابن عرفة) .
وقد بدأ ابن حارث بالكلام على أحد أنواع المفنودين وهو الذي يفند في أرض الاسلام في غير حرب .
9 قال ابن أبي زيد : « المفنود يضرب له أجل أربع سنين من يوم ترفع ذلك بهنهي لكشف عنه ، ثم تعد عدة الموت ثم تزوج ان شاءت . ولا يورث ماله حتى يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش به مله . » الفقه المذنب 43/2
وهكذا يفصل بين زوجة هذا المفنود وماله ، فالزوجة لها ان تزوج بعد العدة . ما مال فلا يورث الا بعد ان تأتي عليه مدة التعمير . وقد نظم ابن عاصم هذا المعنى في البيتين التاليين :

ومن بأرض المسلمين يفند فاربعة من السنين الأمد

وباعتداد الزوجة الحكم جرى مبعضا والمال فيه عمرا

والتبعيض هنا الحكم يرمه باعتبار الزوجة وبحيات . باعتبار المال (ميارة على تحفة الحكم : 267/1) .
ولاحظ ابن رحال ان هذا الحكم انما ينفذ على الزوجة ان دامت نفقتها (حاشية ابن رحال على الشرح المذكور : 267/1) .

10) اختلف في تقدير مدة التعمير التي لا يعيش الى ملها على أقوال تتراوح بين السبعين ومائة والعشرين سنة ، واعتمد خليل النول بانها خمس وسبعون وهو ما شهره بعضهم (اسهل اندارك : 135/2) .

وكذلك الذمية تسلم ، وزوجها غائب ، فتتزوج وقد أسلم الزوج في عدتها (11) : فان أدركها قبل أن يدخل بها الثاني فهو أحق بها . وان دخل الثاني فلا شيء له .

قال المغيرة : الأول أحق على كل حال .

قال ابن الماجشون : إن كان الزوج أسلم في العدة : فلا شيء له ، إذا أدركها وقد دخل بها .

وان كان أسلم قبل إسلامها ، فهو أحق بها على كل حال : دخل بها الثاني : لم يدخل .

[حالات فقد الزوج]

661 - قال محمد : وهذا المفنود الذي وصفتُ حكمه هو الذي يخرج من بيته ثم لا يُدْرَ أين هو .

وأما المفنود في صف المسلمين وفي معترك الحرب ، ففي ذلك اختلاف .

روى عيسى عن ابن الناسم انه لا تتزوج امرأته حتى يأتي عليها من السنين ما لا يحيا الى ملها .

وقال سحنون من رواية ابنه محمد : انها تعتد من الحين الذي رئي في الصف : في المعترك .

(11) الأصل ان الزوجين الكافرين اذا اسلما في وقت واحد يتران على نكاحهما اذا خلا من الموانع دون أن يبحث في ذلك عن الولي والصداق .

واذا سبق الزوج الى الاسلام أقر على زواجه اذا كانت زوجته كتابية أو كانت غير كتابية وأسلمت بأثره .

اما ان سبقت هي الى الاسلام ولم يكن قد بنى بها فانها تبين منه .

وان كان بعد البناء أقر عليها إن أسلم في عدتها وإن أسلم بعد انتضاء العدة بانته منه (أسهل المدارك :

102/2) .

وأصبح سندل في كتب الأصول من تأليفه : انه يتلّم عليه تلوّما دون أجل المفنود . قال :
وقد قال بعض الناس : ان ذلك التلوّم سنة ، ثم تعتد (12) .

قال ابن الناسم من رواية عيسى : والمفنود الثالث هو الذي يخرج في فتن المسلمين ، انما
يتلّم ذلك بندر ما يعرف من هرب او انهزام لا غير (13) .

وذكر أصبغ فنيذ دار الحرب فنال : ذكر قدم أنه كفنيذ دار الاسلام .

وقال آخرون : لا تتزوج امرأته حتى تأتي عليه من السنين بندر ما لا يحيا الى منله .

(12) هذا القول هو الذي اعتمده خليل حيث قال : « وفي المفنود بين المسلمين والكفار تعتد بعد سنة بعد النظر » .
أي تعتد في الفقه للزوج في القتال بين المسلمين والكفار بعد سنة كائنة بعد النظر من السلطان في أمره والتفتيش
عنه . وقد جرى بهذا القول الفضاء في الأندلس . انظر (ميارة على تحفة الحكام : 1/267 مواهب الجليل
للسيناوي : 133/1) .

(13) زوجة الرجل المفنود في عهد فتنة جرت الى صراع بين المسلمين تعتد بعد الفراغ من القتال والاستقصاء في
الكشف عنه ولا يضرب لها اجل إذ يحمل أمره على الموت . (اسهل المدارك : 136/2) .

باب احكام البنيان

[التداعي في الجدار]

662 - قال محمد : ومن أصولهم في هذا الباب : أن الرجلين اذا تداعيا جدارا بين جداريهما : أنه ينظر الى عند الحائط : فمن كان معنودا ببنيانه : فهو له دون بنيان صاحبه ، لأنه هو حائز له دون صاحبه ، يدخله في بنيانه دون بنيان صاحبه (1) .

وإن لم يكن معنودا ببنيان احدهما ، أو كان معنودا الى أحدهما من جانب والى الآخر من جانب : فانه بينهما نصفان (2) .

[اتخاذ باب للدار]

663 - قال محمد : وأصل مذهب مالك : أن الطريق الشارع النافذ : للرجل أن يفتح باب داره منه إن شاء وكيف شاء ، وإن قابل ذلك باب جاره لم يمنع ذلك .

وكذلك اخراج بابه إن أراد إخراجه كيف شاء .

(1) ينول عبد الله بن أبي زيد القيرواني في هذه المسألة « ينضى بالحائط لمن اليه النمط والعنود » والمراد بمن له النمط والعنود من كان بعض بنيانه متداخلا في بعض بنيان الجدار المتنازع في ملكيته ، ويعتبر هذا التداخل بمنزلة شاهد يشهد له ويكون عليه مع ذلك اليمين ليستحق الجدار (الفواكه الدواني : 257/2 ، 258) .

(2) وإنما ينضى بذلك بمعرفة العدول من أهل المعرفة ، ويفبل اخبار غير العدول اذا انفردوا بمعرفة ذلك . وهذا اذا لم تشهد بيعة ان الجدار لأحدهما فان شهدت بيعة بذلك لم ينظر الى عنود البنيان (ن ، م : 258) انظر (البهجة : 320/2 ، 321) .

وإنما يمنع من متابلة باب جاره في الطرق التي لا تنفذ (3) .
ومن قولهم : ان للرجل أن يبني داره ، وأن يرفع بنيانه حيث شاء (4) ، وإن ذهب ذلك
بنور دار جاره .

[كنس المرحاض]

664 - وإذا كان للرجل سفل دار وللآخر علوها ، وكان مرحاض الأعلى منصوبا في
مرحاض الأسفل ؛ فكنس المرحاض على صاحب الأسفل .

وهكذا قال أشهب وابن عبد الحكم .

وقال ابن وهب وأصيبغ : كنسه عليهما جميعا على عدد الجهاجم (5) .

[تصرف صاحب العلو]

665 - ومن حكم الدار التي سفلها لرجل وعلوها لآخر : أنه ليس لصاحب العلو أن
يزيد في بنيان العلو شيئا ، ولا له أن يرفعه زيادة على ما هو عليه .

وإذا كان لرجل رف على حائط في دار رجل : كان للرجل ، الذي الرف إليه ، ما تحت
ذلك الرف يبني فيه ما شاء .

(3) في السكة النافذة يكون لرب الدار أن يفتح ما شاء أو يحول بابه حيث شاء كما جاء في المدونة .
وأما غير النافذة فهي مملوكة لأرباب الدور التي فيها فلا يفتح باب جديد فيها إلا برضى الجميع (تبصرة ابن
فرحون : 365/2 ، 366) .

(4) لصاحب الدار أن يتصرف في الهواء الذي فوقها بالبناء ونحوه ، وإذا كان البناء وقفا فإن الهواء الذي فوقه يتبعه
ويكون وقفا أيضا . وظاهر المذهب المالكي أن ما يكون أسفل البناء لا يكون له حكم ما فوقه
وقد عقد الفرائي لذلك فرقا ومما جاء فيه قوله :

« ان الناس شأنهم توفر دواعيهم على العلو في الابنية للاستشراف والنظر الى المواضع البعيدة من الانهار ومواقع
الفرح والتنزه والاحتجاب عن غيرهم بعلو بنائهم وغير ذلك من المفاصد ولا تتوفر دواعيهم في بطن الأرض على أكثر
مما سيتمسك به البناء من الأساسات » (فروق الفرائي : 17/4 ، الفرق : 212) .

(5) يريد : عدد المتساكنين ، ويعبر بعضهم بالرووس .

ولا شيء له فيما فوق الرف .
وليس له اذا بلغ الرف ان ينطعه ، ولا أن يدعه ، ويبني عليه من فوق ذلك .

[السكنى على وجه الارتفاق]

666 - واذا أذن الرجل أن يُبنى في عرصته ويسكن على وجه الارتفاق (6) /ففاعل : [36-ب]
فليس له أن يخرج به بالحضرة ولا بالقرب من ذلك ، حتى يسكن ما يرى انه لم يأذن له في
البنيان الا ليسكن مثل تلك المدة (7) ، فحيثذ يأمره بالنلع ، أو يعطيه قيمته مندوعا
بالأرض .

وكذلك إذا أذن له أن يجعل على حائطه خشبا ، ثم وقع بينهما شر ، فأمره بالنلع : فليس
ذلك له ، لأن هذا انما يخرج الضرر . ولكن ان احتاج الى حائطه لم يمنع ذلك (8) .

[دخول محل الجار لاصلاح جدار خاص]

667 - واذا أراد الرجل أن يدخل دار جاره لطر (9) حائطه كان ذلك له ولا يمنع منه .
إلا أن عليه أن يجدد منه مندار ما يريد أن يطر عليه (10) .

[اصلاح الجدار المشترك]

668 - قال سحنون : اختلف أصحابنا في الحائط بين الرجلين يحتاج الاصلاح أو ينهدم
فلا يريد أحدهما الاصلاح :

(6) الارتفاق : منافع تتعلق بالعنار . وهو من مكارم الاخلاق التي بعث عليه الصلاة والسلام لتتميمها وحكمه
الاستحباب .

انظر امثلة لارتفاق الجار في (ميارة على تحفة ابن عاصم : 163/2) .

(7) إن حدث منفعة الارتفاق بزمان عمل على ذلك ووقف عنده . وان لم تجد فلا بد من ترك الترفق مندار ما يرى أن
ذلك يحسن بين الجيران وقوعه (ن ، م : 163/2) .

(8) قال محمد بن أحمد : إن كان المرفق احتاج الى حائطه حاجة مؤكدة ، كان ذلك له . إذا كان قد مضى من
الزمان قدرا ما يرى انه انتفع المرتفق بالتعليق (ن ، م) .

(9) طر البنيان : جدده . والحوض : طينه .

(10) يعد ذلك من حق صاحب الحائط على صاحب الدار . ومثل ذلك أيضا من له شجر في أرض غيره . وصله
أيضا من أراد أن يصلح سفوف داره أو يبني فيها شيئا . (تبصرة ابن فرحون : 373/2) .

فمن أصحابنا من يجبر الذي لا يريد أن يصلح على الإصلاح .

ومنهم من قال : لا يجبر أن يصلح إذا لم يرد ذلك . ومن أراد أن يصلح قيل له : أصلح إن شئت في حثك (11) .

[إصلاح الجدار الخاص]

669 - وقال ابن الناسم من رواية عيسى : إذا كان حائطه بين دارين فهدمه أحدهما فعليه أن يرده إن كان هدمه على الضرر . وإن هدمه لإصلاح فعجز عنه أو انهدم من غير أن يهدم : فلا يجبر على بنيانه ، وينال للجار : استردارك إن شئت (12) .

قال سحنون من رواية العتي : يجبر على بنيانه كما كان .

وروى يحيى عن ابن الناسم : أنه يجبر على بنيانه كان هو هدمه أو انهدم من غير هادم إذا كان قويا على بنيانه . فإن كان ضعيفا عنه لم يجبر .

[رفع خشب جدار بين دارين]

670 - وإذا كان جدار بين رجلين ، لكل واحد منهما عليه حمل خشب من جانب دونه ، وخشب أحدهما أسفل من خشب صاحبه ، فأراد رفع خشبه إلى موضع خشب صاحبه : فذلك له . وليس له أن يرفعها إلى أعلى من خشب صاحبه .

[إصلاح البئر في حائط المساقاة والأرض المكتراة]

671 - قال محمد : ومن أصولهم في هذا الباب ، قولهم في بئر حائط المساقاة تنهار ولا

(11) قال ابن عاصم في شأن الجدار الذي يهدم بسبب اقتضى ذلك كخوف سنوطه :

وإن يكن ~~للمن~~ فالحكم أن يبني مع شريكه وهو السنن

من غير إجبار فإن أبي قسم موضعه بينهما إذا حكم

(حلي المعاصم : 320/2) .

(12) تذكر هذه الرواية حكم الجدار الواقع بين دارين يملكه صاحب إحدهما . فإذا انهدم بأمر ساوي أو هدمه مالكه خشية سنوطه لميلانه وتلاشيه فإن من أبي بناء لا يجبر على ذلك وإن كان قادرا ، وهذا هو المشهور (البهجة : 319/2) .

يريد رب الحائط العمل : أنه ينال للمساقي : أنفق إن أحببت ، وتكون أولى بحصة صاحبك في المرة ، فان فضل له فضل أخذه (13) .

وإن بني للمساقي فضل فلا شيء له عليه .

وكذلك إن ساقاه الحائط لسنين ، لم يكن للعامل أن ينفق إلا مندار حصة رب الحائط في المرة تلك السنة التي عمل فيها ، وما زاد من النفقة فلا شيء له في نصيبه في سنة أخرى (14) .

وكذلك مكثري الأرض ، تنهار البئر فلا يجب رب الأرض أن يبني : فانه ينفق المكثري ويستوفي ذلك من كراء سنته ، فإن زاد على ذلك لم يكن له شيء (15) .

[اصلاح الجدران]

672 - وإذا كان حائط فيه كرم بين أشراك ، فتساقطت جدرانه ، فدعا بعضهم الى الاصلاح ولم يرد الآخرون : فإن كان منسوما ، الا انه كانت تضمه الحيطان فلا حجة لبعضهم على بعض .

ومن أراد أن يحرز متاعه أحرزه (16) . ومن أراد ترك .
وان كان غير منسوم ، قسم ، وكان ذلك .

وإن لم تمكن قسمته لغيره فيه ، أو لغير ذلك : أنفق من أحب في صيانته ، وكان أحق بنصيب الآخرين .

(13) كذلك يكون لمن أخذ نخلا مساقاة فغار ماؤها بعد أن سنى أن ينفق فيها بنذر حظرب الأرض من الثمرة لسنته تلك (مواهب الجليل : 383/5)

(14) انظر (ن ، م : 383/5) .

(15) من اكثري أرضا لمدة سنوات فانه لم يثرها بعد ان زرعها وأبى رباها اصلاحها يكون له ان ينفق عليها حصة تلك السنة فقط من الكراء ، وما زاد على ذلك يكون به متطوعا (ن ، م : 445/5) .

(16) انظر (البهجة : 320/2 التنبيه الثاني) .

[اصلاح البيت المشترك إذا انهدم]

673 - وإذا كان بيت بين رجلين فانهدم ، فأراد أحدهما إقامته ولم يرد الآخر : فإنه ينقسم بينهما ، فمن أراد العمل عمل ومن أراد الترك ترك .

[اصلاح البئر المشتركة بين الحائطين]

674 - وأما البئر بين الحائطين تنهار ، فيريد أحد الشريكين العمل ، ولا يريد الآخر : فإنه يقال لمن أبى العمل : إما أن تناوي صاحبك ، أو تبيع من حصتك ما يعمل منه . وإن نقص ماء هذه البئر ، فأنفق أحدهما حتى غزرت ، فإنه أولى بفضل الماء من صاحبه حتى يعطيه ما أنفق .

[إقامة الرحى المشتركة]

675 - وإذا كانت الرحى بين أشراك/فانهدمت ، فأقامها أحدهم إذ لم يرد الباقيون [37-أ] إقامتها وصارت إلى حد الغلة : فإن الغلة كلها للذي أقامها ، وأنفق فيها ، ويكون عليه لأصحابه أجر أنصبائهم خراباً غير معمول . هذا قول ابن الناسم . وقال ابن الماجشون : الغلة بينهما على حسب الأنصباء ، ويستوفي المنفق من أنصبائهم ما أنفق .

وقال ابن دينار وابن وهب : يكون شريكاً بما زاد عمله مع المتقدم في غلة الرحى ، ويكون له أجر ما قام في حصص أصحابه .

[البنيان الذي يضرب بالأندر]

676 - وإذا كان لرجل أندر يلاصق لأرض رجل ، فأراد صاحب الأرض أن يبني في أرضه بنياناً يمنعه من الريح عند الذري ، وفي ذلك بطلان الأندر (17) :

(17) الأندر - بفتح الدال - : الكدس من القمح خاصة - ج : أنادر - والبندر .

قال ابن الناسم من رواية يحيى : ليس ذلك له .

واختلف قول سحنون في ذلك :

فمرة قال : ذلك له ، وهو كالذي يحدث ما يمنع جاره الضياء والندى .

ومرة قال : ليس له أن يحدث على الأندرا ما يبطله ، إذا كان الأندرا قديما .

وليس له أن يحدث الأندرا على البنيان إذا كان ذلك يضر بالبنيان (18) .

(18) نقل التسولي عن ابن رشد تنسيب الضرر الى ثلاثة اقسام :

- ما يمنع منه باتفاق كالفرن قرب المنازل الآهلة .

- ما لا يمنع منه باتفاق وهو الذي يضر بالمنافع كاحداث حمام قرب حمام آخر .

- ما وقع فيه الاختلاف كأن يحدث في أرضه بناء قرب اندراجاره فيمنع بذلك الريح .

وهي المسألة التي ختم بها ابن حارث باب البنيان . ويرى فيها ابن الناسم منع الضرر ، ويختلف فيها قول

سحنون . قال ابن رشد : والأظهر المنع ، (البهجة : 317/2) .

باب حكم المجهول (*)

[طلاق احدى الزوجتين من غير تعيين]

677 - قال محمد : ومن أصلهم في هذا الباب : الرجل تكون له المرأة فيطلق واحدة ، ولا يدري المطلقة ، وواحدة قد دخل بها ، وأخرى لم يدخل بها ، ثم يموت على تلك الحال في العدة :

فان للمدخل بها الصداق كاملا من أجل الدخول ، لأن كل مدخول بها فند وجب صداقها بالدخول (1) . ولها ثلاثة أرباع الميراث ،

والتي لم يدخل بها ثلاثة أرباع الصداق وربع الميراث .

وبيان ذلك : أن التي لم يدخل بها لها نصف الصداق (2) على كل حال ، كانت هي المطلقة أو لم تكن ، والنصف الثاني يزول مرة ويثبت أخرى ، فيكون لها نصفه ، فذلك ثلاثة أرباع الصداق ،

(*) المراد بالمجهول : كل شيئين (أو أكثر) تعلق بأحدهما حكم على الشياخ ولم يُذكر من بينهما : لعدم التعيين ، أو للشك ، أو للجعل أصلا . مثل : طلاق الرجل إحدى زوجتيه دون تعيين إحداها - الطلاق بالشك - اللقيط المجهول الديانة - قيمة الرهن الضائع - موت الوارث والمورث وجهل السابق منهما ، الخ .

(1) للمدخل بها صداقها المسمى ، فان لم يكن قد سمى لها صداقا ، فلها صداق المثل إن لم تكن رضيت بشيء معلوم (زروق وابن ناجي على الرسالة : 63/2) .

(2) التي لم يدخل بها لها نصف المسمى لقوله تعالى : « أن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ... » البقرة : 237 .

أما التي لم يسم لها صداقا فلا شيء لها إلا النعمة والميراث على مشهور المذهب لأن الصداق عوض قياسا على البيع (بداية المجتهد : 30/2 - 31) .

وأما ربع الميراث ، فإنه ان كانت هي المطلنة : فلا شيء لها من الميراث ، وإن كانت المطلنة المدخول بها : فلها نصف الميراث ، فبنت لها نصف الميراث مرة ، وزال عنها أخرى ، فلها نصفه ، وذلك ربع الميراث .

وأما بيان ما يجب للمدخول بها من الميراث : فإن لها نصف الميراث على كل حال ، كانت هي المطلقة ، أو عداها الطلاق ، والنصف الثاني يزول عنها مرة ، ويثبت لها أخرى ، فلها نصفه . فذلك ثلاثة أرباع الميراث ، وهذا اذا مات في العدة ،

وإن كانت قد انقضت عدة المدخول بها : فالميراث بينهما نصفين ، لأنه انما يكون مرة لهذه ، ومرة لهذه ، فقسم بينهما .

وأما الصداق فعلى ما شرحت مقدما .

[طلاق الشك]

678 - قال محمد : طلاق الشك (3) على ثلاثة أوجه :

- وجه منه : لا يؤمر الرجل فيه بالنزول عن امرأته ، لا بالفتيا ولا بالقضاء ،

- ووجه ثان : يؤمر فيه بالنزول بالفتيا ، ولا يؤمر بالقضاء .

- ووجه ثالث : يؤمر فيه بالنزول بالفتيا والقضاء ،

فالأول : أن يعرض له الشك في الحنث أو التطليق من غير سبب ، سواء ان يقول : لعلني قد حنثت ، أو طلقته ، وأنا لا أشعر ، أو شعرت ثم نسيت ، فهذا لا يؤمر بالنزول على امرأته بالقضاء ولا بالفتيا .

(3) الأمر بالفراق في طلاق الشك مختلف في حكمه هل هو على جهة الندب أو الوجوب (قوانين الاحكام :

والوجه الثاني : أن يأتيه من فعل المرأة أو غيرها سبب يكون به حنثه في يمينه ، إلا إذا لم يتحقق ذلك عنده ، فهذا يؤمر بالفتيا ولا يؤمر بالقضاء .

371 - ب | /والوجه الثالث : أن يحلف على ما مضى مما لا يجد فيه يقينا ثابتا ، ولا علما صحيحا .
مثل أن يقول : إن كنت لا تحبينني ، وإن كنت تبغضينني فأنت طالق ، وإن لم (....)
(4) . فهذا يؤمر بالنزول بالفتيا والقضاء (5) .

[سقوط دينار في مائة دينار ثم تلف واحد منها]

679 - وإذا سقط دينار لرجل في مائة دينار فاختلف ، ثم تلف منها بعد ذلك دينار واحد : فقال مالك من رواية ابن القاسم :

الدينار التالف بينهما على الشركة ، لأنها قد لزمّت الشركة قبل تلف الدينار لا اختلاطه بجميع الدينانير .

وقال عبد العزيز ابن أبي سلمة : الدينار التالف بينهما نصفين على تفسير ذكره .
وبيانه : أن يقال لصاحب المائة : التسعة والتسعون دينارا بلا شك لك ، وإنما الشك في الدينار المتم المائة ، فقد يمكن أن يكون لصاحب المائة ، وقد يمكن أن يكون هو الدينار الواحد الساقط في المائة ، فيقسم لذلك بينهما نصفين .

ويقول عبد العزيز : بقول ابن القاسم .

[حكم اللقيط]

680 - وحكم اللقيط (6) المجهول الدين : أنه إن التقط في بلد الاسلام فهو

(4) بياض في الأصل مقداره كلمتان .

(5) إذا شك المطلق في عدد الطفلات فأنها تعتبر ثلاثا ، وعليه فلا تحمل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره لأنها تحتمل ثلاثا (قوانين الأحكام : 170) .

(6) اللقيط هو الصبي الصغير غير البالغ وهو حر ، وولاه للمسلمين ويشترط في الملقط الحرية والعدالة والرشد ، فالعبد والكافر لا يعتبران ملقطين ، والكافر يلقط الكافر دون المسلم ، لأنه لا ولاية له عليه ، ويلقط المسلم الكافر ويتزعم من يد الفاسق والمبذر (بداية المجتهد : 341/2) .

مسلم (7) ،

وان التقط في بلد الشرك فهو مشرك (8) ،
وان التقطه وعليه زي النصاري فهو نصراني ،
الا ان يشاء ان يجعله هذا الذي التقطه على دينه ، فيكون مسلما .
وحكمه الحرية ، لا يقبل اقرار اللقيط بالرق .

[قيمة الرهن الضائع]

681 - واذا تجاهل المتراهنان قيمة الرهن بعد ضياعه ، فهو بما رهن به .

[تجاهل ثمن الشفعة]

682 - واذا تجاهل الشفيعُ والمشتري الثمن الذي اشتراه به المشتري :
فإن طال الزمان وتقدم حتى يرى أنه قد نسي : فقد بطلت الشفعة .
وان كان على غير ذلك : اخذها بالقيمة .

هكذا قال مالك .

قال عبد الملك : ويحلف المشتري على أنه لا يعلم ، فان أبى المشتري أن يحلف فقال :
قد مضت من أصحابنا قضية أنه يقال للشفيع خذ بالشفعة ، فمتى أتى المشتري يطلب
الثمن ، قيل له : إن شئت فاذكر ما اشتريت به ، وخذ حقتك ، وان شئت فاحلف انك لا
تعلم ، وخذ القيمة ،

فان قال الشفيع : وكيف آخذ وانا لا ادري ما الثمن . ولعله أن يكون كثيرا ، فلا
أريده : فلا بد ان يحلف أو يسجن .

(7) اللقيط الذي يلغظ في بلد الاسلام يعد مسلما ولو كانت المحلة الملتقط بها بين قرى يسكنها كفار ، ولو التقطه
كافر ، وذلك تغليبا للاسلام ، وخلافا لمن يرى أنه لا يحكم باسلامه إذا ساوى المسلمون الكفار أو زادوا (حجازي :
306/2) .

(8) اختلف في اللقيط الذي التقطه مسلم في ديار الشرك ، قيل : هو كافر تغليبا للدار التي وجد فيها ، وقيل : هو
مسلم تغليبا للملتقط ، وهو ما في الذخيرة واستظهره البناني (حاشية الأمير : 306/2) .

[تقديم الدين على الحبس إذا جهل السابق منها]

683 - وإذا ثبت على رجل دين ، وتحبّيس ، وجهل الأول منها :

فإن الدين أولى من الحبس ، إلا أن يثبت أن الحبس قبل الدين .

قال ابن الماجشون : الحبس تام ، إلا أن يكون للدين تاريخ فيتهم أنه إنما أقيم الحبس لئلا يعلم التاريخ ، فيكون ذلك تهمة توجب للدين حكم النقل قبل الحبس .

وقال المغيرة : الصدقة أولى ، كان للدين تاريخ أو لم يكن .

[حكم اللقطة]

684 - وحكم اللقطة (9) المجهول صاحبها : أن تعرّف (10) ، فإن جاء صاحبها والا لم أمره بأكلها ، قال : فإن تصدق بها ثم أتى ربها ، فإن شاء أجاز صدقته ، وإن شاء ضمنه (11) .

والشاة الملتقطة في القفر يأكلها الذي التقطها (12) ،
وإن كانت قريبا من العمران لم يأكلها لأن لها ثمنا موجودا .

(9) الذي اشتهر على السنة الفقهاء فتح الفاف في كلمة اللقطة والسكون هو القياس في المفعول كضَحَكَة لمن يضحك منه وقدوة لمن يفتنى به . أما الفتح فهو قياس للفاعل مثل رجل ضحك أي كثير الضحك ، ولقطة كثير الهمز واللمز (حاشية الأمير وحجازي : 302/2) .

واللقطة : كل مال وجد بغير حذر محترم ليس حيوانا ناطقا ولا بكما (زروق على الرسالة : 213/2) .
(10) التعريف باللقطة يكون لمدة سنة في موضع يرجى التعريف بها ويعرف الملتقط عفاصها (وهو ما وضعت فيه)
ووكاءها (وهو ما شدت به) لقوله صلى الله عليه وسلم . « أعرف عندها وكاءها ووعاءها » (ابن ناجي على الرسالة : 213/2) .

(11) انظر المصادر المذكورة أعلاه الواردة في التعليقين : 10،9 .

(12) ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في المتفق عليه من حديث زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن ضالة الغنم فقال : « هي لك أو لأخيك أو للذئب » رواه مالك .
واختلف في ضمانها إذا جاء صاحبها فقال مالك : لا ضمان عليه . وقال سحنون في العتبية : عليه الضمان (زروق وابن ناجي على الرسالة : 217/2) .

[تنصر الأسير المسلم]

685 - وإذا صبح عن الأسير أنه في دار الحرب ، وتنصر ، ويجهل ان كان طائعا أو مكرها ؛ فحكمه على ظاهره ، وتبين منه امرأته .

[موت الوارث والمورث وجهل السابق منهما]

686 - وإذا مات الرجل ووارثه ، ولم يدر أيها مات أولا ، فلا ميراث لواحد منهما من صاحبه ، وإنما يرث كل واحد منهما ورثته ، لأنه لا يكون ميراث بشك (13) .

[تحري القبلة ورمضان عند جهلهما]

687 - وحكم من جهل القبلة في السفر ، أو جهل شهر رمضان في أرض الشرك : أن يتحرى ،

فإن تحرى القبلة وصلى ، ثم ظهر له أنه أخطأ ؛ فلا إعادة عليه (14) .

وإن تحرى الشهر فصامه ، ثم تبين له أنه أخطأ ، فانه يجزيه الصوم ، وإن كان صام بعد الشهر ،

وإن كان صيامه قبل الشهر ، فلا يجزئه وعليه الاعادة .

(13) هذه الصورة تتصور مثلا في موت كل من الوارث والمورث تحت الهدم أو غرقا . وبه قال أبو بكر وزيد بن ثابت وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم (قوانين الاحكام : 292) .

(14) ورد في الحديث عن عامر بن ربيعة قال : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في ليلة ظلماء في سفر فخفيت علينا القبلة فصلى كل واحد منا الى وجه وعلمنا فلما اصبحتنا فاذا نحن قد صلينا الى غير القبلة فسالنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « مضت صلاتكم ونزلت » ولله المشرق والمغرب فأينما تولوا فثم وجه الله « البقرة : 115 .

إلا أن مالكا يرى الاعادة على وجه الاستحباب ما دام الوقت (بداية المجتهد : 87/1) .

باب الاثلاث (*)

[أقل الصداق]

[38-أ] 688 - قال محمد : من مذهب مالك وأصحابه : أنه لا يجوز النكاح الا بثلاثة

(*) الثلث والتلث من الأجزاء معروف ، جمعها : اثلاث . وفي الحديث : « دية شبه العمد اثلاثا » اي ثلاث وثلاثون حنة وثلاث وثلاثون جذعة وأربع وثلاثون ثنية (اللسان : ثلث) .

وفي الباب يذكر ابن حارث مسائل من ابواب متفرقة يجمعها التلث ، وهي :
ثلاثة دراهم - كحد أدنى :

- في الصداق ،

- لقطع يد السارق ،

- في اليمين في مقطع الحق

الثلث من المال - كحد أعلى :

- لتصرف المرأة في مالها دون إذن زوجها ،

- للوضع من جائحة في ثمن المشتري ،

- لما تحمله العاقلة ،

- لدية المرأة بالنسبة لدية الرجل ،

- لاستثناء الثمرة في الأرض المكتراة ،

- لاستثناء ما بيع جزافا ،

- للفضة في السيف والمصحف

ثلث المال - كحد أعلى للزيادة :

- في ثمن شراء العبد الموصى بعقه ،

- في ثمن بيع العبد الموصى به لقلان

ومثل هذا تفنن منه رضي الله عنه ومهارة في التصنيف وبراعة في جمع النظائر الفقهية تدل على تمكنه من هذا الفن.

دراهم (1) ، وهي ربع دينار .

[قطع يد السارق]

689 - وكذلك لا يُقطعُ السارق الا في ثلاثة دراهم (2) .

[اليمين في مقطع الحق]

(1) - وكذلك اليمين (3) في مقطع الحق (4) لا يكون الا في ربع دينار (5) أو ثلاثة دراهم .

[تصرف المرأة في مالها]

(1) - ولا تجوز افعال المرأة بغير اذن زوجها إلا في ثلث مالها (6) فأقل ، ولها ان تستكمله .

(1) عند ابن رشد فصلا في حد الصداق في النكاح ، ذكر فيه انه « نالم يبيع الله تعالى النكاح الا بصداق ولم يرد فيه حد في القرآن ولا في السنة وقام الدليل على انه لا بد فيه من حد بصار اليه وجب ان يعتبر الحد فيه برده الى بعض الأصوص التي ورد التوقيت بها وان لم تكن في معناها ، فجعل حد اقل الصداق ثلاثة دراهم اعتبارا بأقل ما يدطع فيه يد السارق ، وهذا اعتبار صحيح لأن الله تعالى اوجب قطع يد السارق مطلقا دون تهديد بمقدار ، وقام الدليل على انه لا يجوز ان يستباح الفرج بمثل ذلك من التزرا الحنفير فلما وجد ما يدطع فيه يد السارق مفيد في السنة بمقدار وجب ان يحمل النكاح المطلق عليه » (المقدمات : 31/2) .

(2) عن عبد الله بن عمر « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم » مالك .
والمنجن : الترس والوشاح (اللسان : جنن) .

قال ابن عبد البر : هذا الحديث أصح حديث روي في ذلك ، واخرجه البخاري ومسلم كلاهما عن مالك (الزرقاني على الموطأ : 153/4 ، 154) .

(3) تجب اليمين على المطلوب تارة وعلى الطالب تارة اخرى ، كما تجب عليهما احيانا مع الشاهد أو الشاهدين أو دونهما ، وتكون بالله الذي لا إله الا هو (حلي المعاصم : 141/1) .

(4) مدطع الحق : ما يدطع به الباطل ، وهو ايضا موضع التاء الحكم . وقيل : هو حيث يفصل بين الخصم بنص الحكم (اللسان : قطع) .

(5) قال ابن عاصم :

في ربع دينار فأعلى تقتضي . في مسجد الجمع اليمين تقتضي .

انظر شرحه في (البهجة : 142/1) .

(6) في هذه المسألة تفصيل ، انظره في (التاج والأكليل : 79.78/5) .

[الوضع من الجائحة]

692 - ولا يوضع من المشتري من الجائحة الا في الثلث (7) فأكثر .

[ما تحمله العاقلة]

693 - وتحمل العاقلة الثلث فأكثر ، ولا تحمل دون ذلك (8) .

[دية المرأة]

694 - ولا تستكمل المرأة ثلث دية الرجل ، إذا بلغت رجعت الى عقل نفسها (9) .

[شراء العبد للعتق]

695 - وإذا أوصى أن يشتري عبد فلان للعتق : زيد عليه ثلثُ ثمنه ، إن لم يرض البائع أن يبيعه بثمنه (10) .

[بيع العبد للعتق]

696 - وإن أوصى أن يباع عبده من فلان للعتق (11) : نقص من ثمنه الثلث .

(7) كل ما لا يستطيع دفعه يعد من الجائحة مثل الجراد والبرد والعفن والطير والفأر . وما صرح به ابن حارث يتعلق بالجائحة التي تكون من غير العطش في الثمار ، لا يوضع منها الا ما بلغ الثلث فأعلى باعتبار الكيل ، فلا وضع فيما نقص عن ذلك ولو كانت تجاوزت قيمته الثلث .
واما الجائحة من العطش ففيها وضع الثمن مطلقا لأن السقي على البائع ، فاشبهت ما فيه حق توفية (البهجة وحلي المعاصم : 32,31/2) .

(8) انظر تعريف العاقلة في باب الديات هـ : 1 .

(9) قال ابن عاصم :

ودية المجروح في النساء كدية الرجال بالسواء

الا اذا زادت على ثلث الدية فهاها من بعد ذاك تسوية

انظر شرح ذلك في (البهجة : 368,367/2) .

(10) تكون زيادة ثلث الثمن ولولم يذكر الموصي الزيادة ، فان أبي البائع من يبيعه الا باكثر من ذلك فقال ابن القاسم : يستأنى بثمنه ، فان بيع والا رد ثمنه ميراثا (التاج والأكليل : 375/6) .

(11) في هذه المسألة تفصيل قلله الخطاب عن اللخمي في (تحرير الكلام في مسائل الالتزام : 83 ، 83 ب) .

[الاستثناء من بيع الجزاف]

697 - وإذا باع صبرة طعام أو ثمرة حائط ، جاز للبائع أن يستثنى من ذلك كيلا يكون مقدار الثلث .

[بيع السيف والمصحف المفضضين]

698 - والفضة في السيف والمصحف إذا كانت الثلث فأقل ؛ جاز أن يباع السيف والمصحف بالفضة .

[استثناء الثمرة في الأرض المكتراة]

699 - والثمرة في الأرض المكتراة إذا لم تزه ، فجائز أن يستثنى المكثري إذا كانت الثلث فأقل .

باب الشروط (*)

[احترام الشروط]

700 - قال محمد : مذهب مالك بن أنس والرواة من أصحابه في هذا الباب : على ما جاء به أثر « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » (1) .

فشروط الغرر كلها في البياعات (2) ، والنكاحات ، وسائر المعاملات ، وشروط الحرام : لا تلزم من اشترطت عليه ، وتفسد كل ما قارنته وصحبته من كل عقد ، كان بيعاً أو نكاحاً أو اجارة أو ما أشبه ذلك من وجوه المعاققات .

* الشروط جمع : شرط . وهو شرعا : ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم . وفي هذا الباب يذكر ابن حارث بعض الأحكام المتعلقة بالشروط التي قد يشترطها المسلم في معاملاته ، مثل :
- اشتراط المودع الضمان ،
- اشتراط الصانع عدم الضمان ،
- اشتراط صاحب الدار على المكثري عدم إسكان الغير ،
- اشتراط المرأة عدم ترحيلها من الحاضرة ، أو ألا يتزوج عليها ، الخ ...
فهذه الشروط بعضها لازم وبعضها غير لازم . والقاعدة السليمة هي الحديث الشريف الذي يورده ابن حارث أول الباب .

(1) رواه أبو داود وأحمد والحاكم في المستدرک .

(2) روى أبو هريرة « ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر » مسلم وأحمد . قال ابن أبي زيد في رسالته : « كل عقد بيع أو اجارة أو كراء بخطر أو غرر في ثمن أو مشمون أو اجل ، فلا يجوز » (انظر مسالك الدلالة : 220، 219) .

[اشتراط المودع الضمان]

701 - ومن قولهم في المودع يشترط على نفسه الضمان (3) : إن الشرط باطل ، ولا يلزمه .

[اشتراط الضمان على المستعير]

702 - وكذلك الذي يستعير ما لا يجب فيه الضمان ، فيشترط عليه الضمان : أنه لا يلزمه (4) .

[اشتراط الصانع عدم الضمان]

703 - ومن اشترط من الصانع أنه لا ضمان عليه ، لم ينفعه ذلك (5) .

[اشتراط توقف البيع على أجل للثمن]

704 - وإذا اشترط البائع على المشتري أنه إن لم يأت بالثمن الى مدة كذا وكذا ، وإلا فلا بيع بينهما ؛ فإن البيع جائز والشرط باطل . هكذا قال ابن القاسم (6) .

(3) المودع أمين فيكون مصدقا في ادعائه تلف الوديعة أو ردها ، ولا يضمن الوديعة سواء كانت مما يغاب عليه أم لا . قال عليه السلام « لا ضمان على مؤتمن » الدارقطني .

ولكنه إذا كان متها فلا يصدق الا مع يمينه (اسهل المدارك : 32/3 : قوانين الاحكام : 364) .
انظر أيضا (تحرير الكلام في مسائل الالتزام : 96 ا) .

(4) وعكس هذه الصورة بان يشترط المستعير : ان لا ضمان عليه فيما فيه الضمان ، الحكم فيها اسقاط الضمان ولزوم الشرط لأن العارية من قبيل المعروف وكذلك اسقاط الضمان (تحرير الكلام في مسائل الالتزام : 96 ا) .
وانظر تفصيلا في ذلك في (ن ، م 96 ب) .

(5) الصانع يضمنون ما غابوا عليه سواء عملوه باجرة أو بغير اجرة (قوانين الاحكام : 364) .
وقد حكى ابن أبي زيد في المختصر عن اشهب ما يخالف ما ذهب اليه ابن حارث وهو القول بان اشتراط الصانع عدم الضمان جائز وسقط عنه الضمان (تحرير الكلام : 96 ب - 97 ا) .
وقد تابع ابن حارث ابن القاسم في القول بان اشتراط الصانع عدم الضمان لا ينفعه . وقد نقل ابن فرحون ما يفيد ذلك في (التبصرة : 331/2) .

(6) على هذا مشى خليل عندما قال عاطفا على الشروط التي لا يوفي بها « ... أو ان لم يأت بالثمن لكذا فلا بيع » .

وفي هذه المسألة خلاف وتفصيل انظره في (تحرير الكلام للحطاب : 88 ب) .

وقال سحنون : هو بيع جائز ، إذا كان الأجل المذكور مما يجوز أن يباع عليه بالخيار .

[اشتراط عدم إسكان الغير]

705 - وإذا أكرى منه داره ، واشترط عليه أن لا يسكن معه أحد ، فتزوج واشترى الرقيق : فله أن يسكن معه غيره ، ما لم يكن على رب الدار في ذلك مضرة (7) .

وإذا أكرى منه دابته على أن يحمل عليها بزا ، فله أن يحمل عليها صوفا (8) .

[اشتراط الزوجة عدم ترحيلها وعدم التزوج عليها]

706 - وإذا اشترطت المرأة عليه في عقد نكاحها : ألا يرحلها من حاضرة كذا ، وألا يتزوج عليها : فالشرط باطل (9) ، إلا أن تضع بعد العقد لذلك وضعا (10) ، أو يكون مع ذلك الشرط أيمان ، أو تخيير أو ما أشبهه .

[اشتراط الموكل التصديق في الدفع]

707 - وإذا اشترط لوكيله أنه مصدق في الدفع بغير بينة : لزمه ذلك له (11) .

(7) إذا كان على رب الدار ضرر في إسكان الغير فللشرط اعتباره عملا بقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » مالك .

(8) يلزم صاحب الدابة بحمل ما اتفق عليه عند العقد وبحمل ما كان مساويا له إذا لم يكن في ذلك ضرر للدابة .

وفصل الفقهاء حالات الضرر التي لا يجبر معها رب الدابة على الحمل . انظر هذه الحالات في (الشرح الصغير وحاشية الصاوي : 57/4 - 58) .

(9) يجوز النكاح ويبطل الشرط بالنسبة لمن تزوج امرأة على أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو لا يخرجها من بلدها .

وإذا أعطته مالا على أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى ، ثم فعل ذلك فلها الرجوع عليه بما أعطته ، كما ترجع بما استعطته من صداقها (تحرير الكلام في مسائل الالتزام : 77 ب) .

(10) إذا وضعت الزوجة عن زوجها جزءا من صداقها من أجل شرط من الشروط المذكورة فإن كان الشرط عند العقد يبطل الشرط ولا ترجع به إلا أن يكون عتقا أو طلاقا ، وإن شرطت بعد العقد فإنها ترجع عليه بما وضعت عنه (ن ، م) .

(11) الأصل أن الوكيل إذا وكل بأن يقضي عن موكله ديناً أو يودع له مالا ليس له أن يدفع ذلك إلا بينة ، فإن دفع بغير بينة ضمن .

[اشتراط الكفالة بالوجه]

708 - وإذا اشترط الكفيل على المتكفل : أنه لا شيء عليه من المال ، وإنما عليه ان يحضر بوجهه ؛ كان ذلك له (12) .

وروى ابن وهب عن مالك : أنه إذا اشترى : على آت يمين عليه ؛ فإن ذلك له ، لأنه وضع من الثمن لذلك .

= وقال ابن القاسم : ان باع الوكيل ولم يشهد على المبتاع فجعله فانه ضامن .
والمشهور ان هذا هو الحكم سواء كانت العادة جارية بترك الاشهاد أو لم تكن جارية بتركه ، وقيل : ان كانت العادة جارية بذلك لم يضمن (التاج والأكليل - مواهب الجليل : 205/5) .
(12) تتعلق هذه المسألة بالحميل بالوجه .

وهي التي يقول فيها ابن رشد : « الحميل بالوجه يلزمه غرم المال اذا لم يحضر العين فان احضره برىء من المال وان كان عديما ، الا ان يشترط ان لا شيء عليه من المال فينفعه ولا يجب عليه غرم المال وان لم يحضر العين ، فان احضره برىء من المال وان كان عديما ، الا ان يكون قادرا على الاتيان به فيقرط في ذلك أو يترك أو يغييه حتى ينهب فيكون ضامنا للبال باهلاكه إياه وان لم يفعل شيئا من ذلك فلا ضمان عليه في المال . » (التاج والأكليل : 105/5) .

باب الاستحقاق (*)

[استحقاق المبيع من يد مشتريه]

ب - 709 - قال محمد : أصل مذهب مالك والرواة من أصحابه : أن من استحق شيئا من يد مشتريه ، فإن المستحق يكون بالخيار أن شاء أخذه بعينه ، وإن شاء أجاز فيه البيع ، واتبع البائع بالثمن ، وترك السلعة في يد المشتري (1) .

[استحقاق الأمة بعد أن ولدت]

710 - وكل من وُلِدَ له ولد من أمة اشتراها أو من امرأة تزوجها ، ثم استُحِقَّت الأم بالرق في رقبتها : فإنها تؤخذ . ويجب على الأب قيمة الولد (2) .
وقد كان مالك يقول : يُدَوَّم الأب قيمة الأم ، وقيمة ولدها (3) .

(*) الاستحقاق لغة : إضافة الشيء لمن يصلح به وله فيه حق .

وعرفه ابن عرفة بقوله : « رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض » انظر (الرضاع : 353) .

(1) انبنى هذا الحكم على وجوب رد الحقوق لأربابها .

وما ذكره ابن حارث يطابق ما ذكره ابن جزي في (قوانين الاحكام : 363) .

(2) هذا ما في المدونة واخذ به ابن القاسم وهو قول علي رضي الله عنه .

وقد رجع مالك عن هذا القول ، وعلل ابن يونس رجوعه عنه فقال : لأن في أخذها ضررا على المبتاع إذا أخذت منه كان عارا عليه وعلى ولده (التاج والأكليل : 30/5) .

(3) يبدو من كلام ابن حارث أن هذا قول مالك القديم ، بينما هو القول الذي رجع إليه مالك وهو الذي يعول عليه

وقد جرى عليه خليل فقال : « ضمن قيمة المستحقة وولدها يوم الحكم » وقيل أنه يلزمه قيمتها فقط يوم وطئها .
(مواهب الجليل : 301/5 : أسهل المدارك : 73.72/3) .

واختار ابن القاسم ما حكيت من قوله .

[استحقاق الأرض بعد البناء فيها]

711 - وكل من بنى في أرض اشتراها ، ثم استحققت من يده ، فإنه ينال للمستحق :
أغرم قيمة البنيان قائما ، فإن أبى قيل للذي بنى : أغرم قيمة الأرض براحا . فإن أبى
كانا شريكين : هذا بنيمة أرضه براحا ، وهذا بنيمة بنيانه قائما .

وقد فسرت هذا فيما تقدم (4) .

[استحقاق الأرض بعد زرعها]

712 - وكل من استحق [أرضا] (5) من يد رجل ، وقد زرعها الذي كانت في يده :
فعليه للذي استحقها كراؤها أن [كان] (6) الاستحقاق في إبان الحرث (7) ، فإن كان
في غير إبان الحرث : فلا شيء عليه من المكراء .

وهذا إذا كانت في يديه بوجه شبهة .

وأما أن كان غاصبا ، فإن المستحق ينفع زرعه في إبان الزراعة (8) .

فإن فات إبان الزراعة ، فعليه فيه المكراء ، ويكون الزرع للغاصب (9) .

(4) تقدم هذا الحكم في باب الشركة الداخلة بغير تراض .

وانظر تفصيلا يتعلق بهذه المسألة عند شرح قول خليل : « وإن غرس أو بنى قيل للمالك أعطه قيمته قائما فإن
أبى فله دفع قيمة الأرض » في (مواهب الجليل : 300/5) .

(5,6) كلمة مطموسة بالأصل ، وما اثبتناه اقتضاء السياق .

(7) إذا استحققت الأرض بعد أن زرعها وقبل فوات إبان الزراعة فإن كراء تلك السنة للمستحق . انظر (مواهب
الجليل : 296/5) .

(8,9) قال ابن جزى في باب الغصب :

« أن زرع في الأرض المنصوبة زرعاً فإن أخذها صاحبها في إبان الزراعة فهو مخير بين أن يطلع الزرع ، أو يتركه
للزارع ، ويأخذ الكراء فإن أخذها بعد إبان الزراعة فنيل هو مخير كما ذكرنا ، وفيل ليس له قلعها وله الكراء ويكون
الزرع لزارعه » (فوائن الأحكام : 359 - 360) .

[استحقاق النخل بعد العناية بها]

713 - ومن استحق نخلا وقد [سنى] (10) المشتري وعالج : لم يكن له اليها سبيل حتى يعطي أجر ما سنى وعالج ،

فإن أبى لم يكن له اليها سبيل ، وقيل له : أجز البيع وخذ الثمن .

[استحقاق الثمن أو المثلون]

714 - وكل من باع شيئا بثمن ، فاستحق الثمن أو المثلون : فإن المستحق من يديه يرجع بما أعطى إن كان قائما ، أو بثيمته أو بمثله إن كان فائتا ، حاشا الدنانير والدرهم ، فانها ان استحققت رجع المستحق من يديه في ذلك بالمثل لا غير .

[استحقاق المثلون بعد نقد الثمن]

715 - وكل من اشترى شيئا بدنانير فنقد دراهم ، ثم استحق الشيء المشتري ، فانما يرجع بما نقد (11) .

وفي شرح مسائل يحيى : وانما لك خوف الصرف المستأخر .

وان نقد سلعة فانما يرجع بالدنانير التي وقعت عليها الصفة .

وقد أخبرني أبو بكر محمد بن عمر بن اللباد عن يحيى بن عمر عن الحارث بن مسكين عن أشهب بن عبد العزيز : في الرجل يشتري العبد بدنانير ، فينفد في ثمنه ثوبا ، ثم يستحق العبد : فانه يرجع بثوبه الذي دفع عن الدنانير ان كان قائما ، أو بثيمته ان كان تالفا .

قال أبو بكر : قال يحيى : هذا خير من رواية ابن القاسم .

(10) طمس بعض حروف هذه الكلمة بالأصل .

(11) انظر (التاج والأكليل : 309/5) .

[استحقاق رأس مال السلم]

716 - وإذا استحق رأس مال السلم انفسخ السلم .

وان فبض المسلم فيه ثم استحق : رجع بمنه ، كائنا ما كان من العروض المحدودة ، أو من الاشياء المكيلة أو الموزونة .

[استحقاق العبد]

717 - وإذا تزوجت المرأة بعبد ، أو عفا عن دم وليه بعبد أخذه ثم استحق العبد : فإنه مغرم الزوج ، أو المعفو عنه قيمة العبد (12) .

[أخذ المستحق غلة ما غصب منه]

718 - وإذا استحق المصوب منه أرضه أو دوابه أو عبيده من الغاصب : فله غلة الأرضين ، ولا شيء له من غلة العبيد والدواب (13) .

والفرق بين ذلك : أن المستحق من يديه يرجع بما بنى في الأرضين ، ولا يرجع بنفقة العبيد والدواب .

قال أشهب : هذه الغلة خطأ إلا أن البناء في الأرض عين قائمة ، والنفقة على الدواب والعبيد نفقة مستهلكة .

قال : ولو انفق في الأرض نفقة مستهلكة مثل التزويل (14) ، وحفر البئر ، وتزويق البيت ، وما أشبهه/ لما كان له في ذلك كله شيء ، وكان مثل انفاقه على الدواب والعبيد . [39 - أ]

وروى علي بن زياد عن مالك - وهو قول أشهب - : ان الدواب يأخذ غلتها .

(12) جاء عن مالك في المدونة ان « من نكح بعبد فاستحق ، أو وجدت به المرأة عيباً ، فإنها ترده ، وترجع على الزوج بقيمة العبد لا بمهر مثلها وتبقى له زوجة . والخلع بهذه المنزلة » .

وأوضح أشهب : أن المرأة ترجع بالقيمة سواء استحق العبد بملك أو حرية (التاج والاكلیل : 308/5) .

(13) في هذه المسألة خلاف في المذهب المالكي . انظره في (اسهل المدارك : 66،65/3) .

(14) وضع الزبل بها ، وهو نوع من السهاد الصالح لاختصاصها .

باب الضمان (*)

[الضمان نوعان]

719 - قال محمد : الضمان في منهب مالك منقسم على وجهين :

- أحدهما يجب بالعداء (1) .

- والآخر بالرضى بدخول الداخل ، فيدخله عليه الداخل ويلتزمه الملتزم ، وقد علم ما في ذلك من الحكم والنضاء .

فأما وجه العداء فهو :

- الجاني .

- والغاصب (2) .

- والمحتبس لما يجب عليه الا يحتبسه (3) .

- والأمين اذا حرك الأمانة .

(*) الضمان لغة : الحفظ .

واصطلاحاً التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره ، أو طلبه من عليه الدين من هوله (الشرح الصغير : 429/3 - 430) .

(1) أي بغير إذن صاحب الشيء الذي وقع التعدي عليه .

(2) هو أخذ مال غيره ظلماً وقهراً .

(3) حصر المقرئ أسباب الضمان في ثلاثة : الاتلاف ، والتسبب ، ووضع اليد غير المؤتمنة (قواعد المقرئ : 18 و

20) وانظر (فروق القرافي : 27/4 - الفرق : 217) .

- والمأمور اذا فعل غير ما امر به (4) .
- والعامل في القراض اذا ائتمن غيره أو خالف سنة القراض .
- وكل متلف لمال غيره خطأ أو عمدا .
- وأما الوجه الآخر ، وهو وجه الرضى بدخول الداخل ، وهو يعلم ما في ذلك من النضاء :
- فمثل الصناع فيما يدفع اليهم ليصنعوه (5) .
- ومثل المرتهن والمستعير فيما يغاب عليه (6) .
- ومثل الكراء على حمل الطعام (7) .
- ومثل الكفيل اذا قبض الدين من صاحبه على وجه الاقتضاء .

(4) الأصل في المأمور والسمسار والوكيل أنهم لا يضمنون لانهم أمناء ، سواء كانوا بعوانيت أم لا (تبصرة ابن فرحون : 337/2) .

ولكن المأمور يضمن اذا فعل غير ما امر به لأنه أصبح متعبدا .
(5) الأصل ان الصناع مؤمنون فلا يضمنون ما بأيديهم مما يدفع اليهم ليصنعوه . ولكن علماء المالكية جعلوهم ضامنين مراعاة نصلحة الناس ، ولم يجعلوا قاعدة عدم تضمين الامين مطردة في الصناع لانهم يمكن ان يؤثروا في الأعيان بصنعتهم فتتغير السلع عندهم ولا يعرفها اصحابها عندما يخدمها معروضة للبيع في الأسواق (الفروق : 207/2 - الفرق : 111) .

وتتفرغ عن تضمين الصناع مسائل انظرها في (تبصرة ابن فرحون : 330/2 وما بعدها) .
(6) تقدم ان التضمن فيما يغاب عليه مبني على الاستحسان فند راعى المالكية ان التهمة تلحق فيما يغاب عليه ولا تلحق في غيره .

وإذا حاز المرتهن رهنا فاستحق نصفه شخص آخر وبني الرهن بيد المرتهن فأتلف : فانه لا يضمن الا النصف .
وإذا كان الرهن ملكا لتخصين فرهن احدها نصيبه وحاز المرتهن الرهن كله فانه يضمن نصيب الراهن فقط اذا قبض المرتهن الرهن بحضرة الشريك وأذنه (البهجة : 169/1) .

وعلة ضمان الرهن والعارية عند ابن الناصر الاتلاف ، ولهذا يستط بقيام البينة (قواعد المفرد : 222 ب) .
(7) قال مالك بضمن اكرياء الطعام والشراب مع عدم البينة مهما كانت وسيلة الحمل ، ولو اشترطوا نفي الضمان لم نفعهم ذلك ، وبستوي في ذلك المشتات وغيره ، إلا ان ابن حبيب خصه فيما بدتات (تبصرة ابن فرحون : 341/2) .

[الضمان في الخطأ والتقصير]

720 - قال محمد : انظر فكل من فعل فعلاً يجوز له أن يفعله بلا تحذير (8) ، ففعله على وجهه فعلاً صواباً ، فتولد من نفس ذلك الفعل هلاك نفس أو ذهاب جراحة ، أو تلف مال : فإنه لا ضمان على ذلك الفاعل .

وإن كان إنما أراد أن يفعل الفعل الجائز له ، ففعله فأخطأ بفعل غيره ، أو جاوز فيه الحد ، أو قصر فيه عن المقدار : فما تولد من ذلك فهو ضامن له ، وما خرج من هذا الأصل فمردود عليه .

[ضمان من فعل ما يجب على السلطان]

721 - وكل من فعل فعلاً قد كان وجب على السلطان أن يفعله بعينه فلم يفعله : فلا ضمان على ذلك الفاعل الذي فعله ، ولكن يؤدبه السلطان على افتياته عليه .

[ضمان المنفعة]

722 - وكل من وصل إليه من غيره نفع ، من مال ، أو عمل بأمره ، أو بغير أمره : فعليه رد مثل ذلك العمل ، إن كان من الأعمال التي لا بد من الاستيجار عليها ، أو من المال الذي له من إنفاقه .

وإن كان ذلك من الأعمال التي كان عليها بيده أو عبيده ، أو من المال الذي سنفط مثله عنه : فلا شيء عليه حينئذ من جميع ذلك .

[ضمان الصناعات]

723 - والأصل : في تضمين الصناعات الذي تضمنته مما دفع إليهم ، فإنهم ضامنون قيمته يوم دفع إليهم ، وإن كانوا قد عملوا ثم ادعوا ضياعه ، إلا أن تقدم لهم بينة ،

(8) مال الفعل الجائز حفر بئر للمطر . وهناك أمثلة أخرى انظرها في (ن ، م : 346/2) .

فإن قامت لهم بينة فلا شيء عليهم من الضمان ، ولا شيء لهم من الأجر (9) .

[ضمان ما يغاب عليه]

724 - وكل ما يغاب عليه من الأمتعة والعروض : فالمرتتهن والمستعير ضامنان له ،

إلا أن تقوم (10) لها بينة على هلاكه بوجه لا سبب لهم فيه : فلا ضمان عليهم (11) .

[ضمان ما لا يغاب عليه]

725 - ومتى كان من الحيوان (12) الذي لا يغاب عليه : فالضمان عليهما فيه ، لأن وجه هلاك ذلك لا يكاد أن يخفى .

[ضمان المودع]

726 - وإذا أودع (13) مودع غيرد : ضمن ، إلا أن يخاف عورة (14) بيت ، أو يريد مخفرا (15) ، أو ما أشبه ذلك .

ولا يصدق أنه أراد ذلك ؛ إلا أن يتبين ذلك ، ويعرف منه .

(9) قال ابن الناصم : إذا قامت البينة على ضياع الوهب بعد كمال العمل فيه سقط الضمان عن لصانع ولا جبر له (تبصرة ابن فرحون : 331/2) .

(10) الكلمة مطموسة وما اثبتناه يفيد السياق .

(11) قال خليل في شأن ضمان المرتتهن الرهن : « وضعنه مرتتهن أن كان بيده مما يغاب عليه ولم تشهد بينة بحرقه » .

فالمرتتهن يضمن ما يغاب عليه من الرهن إلا إذا هلك بأمر من الله أو بتعدي اجنبي وقامت بينة على ذلك ، وفي صورة تعدي الاجنبي على الرهن يكون للراهن حق مطالبته .

وإذا شرط المرتتهن أن لا ضمان عليه ، لم ينفعه ذلك (التاج والأكلیل : 26,25/5) .

(12) طمس ببعض الحروف بالأصل .

(13) الوديعة ، لغة : الأمانة . وتطلق على الاستئابة في الحفظ ، وذلك يعم حق الله وحق العبد (الرصاع : 335 .

وشرعا : مال موكل على حفظه تضمن بتفريط رشيد لا صبي ولا سفیه (الشرح الصغير : 549/3 - 550) .

(14) للمودع أن يودع عند العجز عن الرد إلى المالك لخوف عورة منزله ، أو لسفره إذا أودعها في الحضر .

أما إن سافر بها مع القمرة على أيداعها عند أمين فانه يضمن (جواهر بن شاش : 66 ب) .

(15) المخفر : محل الحفظ .

وكل من حرك (16) مالا لغيره ؛ فهو ضامن له بالتحريك (17) ، لا يبرئه من ذلك إلا البينة القائمة لباحة ذلك له ، أو إقرار المالك له بمثل ذلك .

وكل من قبض أمانة أو قرضا فمات ، فلم يوجد ذلك المال [بعينه] (18) قائما ؛ فإنه في مال الميت .

[تعدي مكتري الدابة]

727 - وإذا تعدى المكتري ، فزاد على الدابة التي اكترها زيادة فوق ما أذن له ، فعطبت ، فإنه ينظر :

39 - ب | فإن كانت تلك الزيادة مما تعطب من مثلها ، / خير رب الدابة ؛ فإن شاء ضمنه قيمتها يوم التعدي ، وإن شاء أخذ منه الكراء الذي عامله عليه ، وكراء مثل الزيادة التي عطبت منها الدابة .

وإذا اكترها إلى مدة فاحتبسها بعد ذلك ، مثل الأخرى ، فإن صاحبها مخير ؛ إن شاء أخذ غلتها يوم احتباسها ، وإن شاء أخذ كراءها على مثل الحالة التي كانت عليه .

[ضمان ما تصيبه الماشية]

728 - وكل ما أصابت الماشية بالليل من زرع أو كرم ، ضمنه أهلها ، وإن كان أضعاف قيمتها ، كان ذلك الكرم والزرع محجرا عليه أو غير محجر ، أو محروسا أو غير محروس ، لأن على أهل المواشي حرز مواشيهم بالليل .

وما أصابت بالنهار ، فلا شيء عليهم ، لأن على أهل الحوائط في النهار إحراز حوائطهم ، كرومهم (19) .

(16) بالأصل طمس بعض حروف هذه الكلمة ، ولعلها ما أثبتناه .

(17) يقصد التصرف في المال بوجه من الوجوه .

(18) كلمة مطموسة بالأصل ولعلها ما أثبتناه .

(19) قال ابن شاس في هذا المعنى : « ما أكلته البهائم من المزارع بالنهار فلا ضمان على أربابها لأن على أهل الحوائط إحراز حوائطهم وكرومهم بالنهار » (الجواهر : 188/2 أ) وانظر (تبصرة ابن فرحون : 355/2) .

[وهذا الكلام محمول على ان أهل الماشية لا يهتمون مواشيهم بالنهار ، وعلى انهم يجعلون معها حافظا وراعيا .

وأما إن أهملت المواشي ، فأهلها ضامنون [(20)] .

[ضمان ما يطرح من السفينة خوف الفرق]

729 - وحكم ركاب السفينة إذا صال عليهم البحر : انهم ضامنون بكل ما طرح من السفينة من الأمتعة ، يتوزعون ذلك ، فيكون كل مطروح له شيء شريكا لأصحابه في أمتعتهم ، إن كان الشراء في موضع واحد ، وعلى سوق واحدة ، وإن اختلف ذلك رجع : الى القيمة .

[تقدير قيمة المغصوب يوم الغصب]

730 - وكل غاصب غصب شيئا : فانما يلزمه قيمة ما غصب يوم الغصب لا يوم القوت ، زادت القيمة بعد الغصب أو نقصت (21) .

[ثبوت الاقرار السابق]

731 - وكل من أقر بشيء لرجل ، فوجب له أو باعه منه ، ثم أقر أن ذلك الشيء المبيع أو المقر به لرجل آخر : فلا ينتقض البيع الأول ، ولا يسقط الاقرار المتقدم ، ولكن على البائع أو المقر قيمة ذلك للمقر له الآخر ، وينفذ حكم الأول .

[ضمان ما أثلف من العروض]

732 - وكل من أفسد لرجل شيئا من العروض والأمتعة ، فإن كان فسادا سيرا رفاه (22) وشعبه (23) ، ثم كان عليه ما نقصه ،

(20) ما بين العاقبتين قلبه ابن شاس بنصه للاستشهاد به في كتاب الضمان عند كلامه على ما تتلفه البهائم في (الجواهر : 118/2 أ) .

(21) إن حق المغصوب منه ان يرد له ما غصب : فإن كان قائما رد بعينه اليه ، وإن فات رد اليه مله أو قيمته ، وتعتبر القيمة في ذلك يوم الغصب لا يوم الرد (قوانين الاحكام : 358) .

(22) رفاه : أصلحه وخاطه (أقرب الموارد : رفي) .

(23) شعبه : جمعه وأصلحه (أقرب الموارد : شعب) .

وإن كان فسادا كثيرا ؛ كان صاحبه بالخيار : ان شاء ضمنه قيمته ، وان شاء ضمنه ما نقصه .

[ضمان ما تغير بصنع]

733 - وكل من غصب شيئا ، فصنع منه شيئا آخر ، حتى اختلف اسمه ، وسمي باسم سواه ، مثل الفضة يصوغها (24) حليا ، والنحاس يصنع منه قدورا ؛ فان الغاصب يغرم في ذلك المثل ، ولا شيء على المخصوص منه في ذلك الشيء المصنوع .

وما لم يتغير ، ولم يقلب منه الاسم ، فإن له أخذه .

[ضمان من ترك الباب مفتوحا]

734 - واذا فتح حانوت الرجل فتركه مفتوحا ، فأتى من أخذ ما فيه ؛ فهو له ضامن .

وكذلك السارق سرق ، ثم ترك الباب مفتوحا .

(24) بالأصل : سوغها .

باب الأمانة (*)

[الأمانة المصدقون]

735 - قال محمد : الأمانة مصدقون على ما في أيديهم .

- الوالد في مال ولد الصغير وفي مال ابنه الكبير .

- والوصي في مال اليتيم وفي مال السفينة المحجور عليه .

- وأمانة الحكام الموضوع على أيديهم الأموال .

- والمستودع الذي يجعل الرجل على يده ماله ودبعة (1) .

- والعامل في مال القراض (2) .

(*) الأمانة جمع أمين : المؤتمن - المأمون ، من الأمانة ضد الخيانة . ورجل أمين وأمان أي له دين . وقيل : مأمون به ثقة (اللسان : أمين) .

والأمانة هنا هم المصدقون فيما يدولون على ما في أيديهم من أموال الناس أو بضائعهم . ولا يكون عليهم ضمان . وما ادّعي عليهم من وجه يوجب عليهم الضمان فالقول قولهم بلا يمين . وفي هذا الباب يذكر ابن حارث الأمانة بوظائفهم وصفاتهم .

(1) إذا قال المودع رددت الوديعة ، وانكر ذلك صاحبها ، صدق المودع مع يمينه ، وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون وابن عبد الحكم ، خلافا لمطرف وابن حبيب (ميارة على التحفة : 141/1) .

(2) كل تلف أو خسارة تحدث في مال القراض يتحملها رب المال . إذا لم يكن العامل مفرطا ، وإذا لم يخالف شرطاً في العقد وثبت التلف عند مخالفته (أسهل المدارك : 350/2) .

- والأجير فيما استؤجر عليه (3) .

- والكريّ (4) في جميع ما استحمله (5) حاشا الطعام خاصة ، فانه له ضامن دون غيره (6) .

- والصانع الذي ليس بصناع (7) .

- وراعي الماشية ، ما لم يكن مشتركا ، فيكون كالصناع (8) .

(3) عد بعض الفقهاء صاحب الحمام اجيرا فيكون بذلك امينا ولا يضمن ثياب حرقائه ، لكن الفلشاني علل عدم ضمانه بكونه قبض الثياب لمنفعة اصحابها ، فكان كالمودع . وقيل انه اذا قبضها رهنا في الأجرة يضمن لذبحه لمنفعة نفسه (مسالك الدلالة : 242) .

(4) الكريّ - بوزن الصبي : الذي يكرى دابته (اللسان : كرى) .

(5) لا ضمان على المكثري بتلف الدابة بما عليها من المتاع (اسهل المدارك : 334/2) .

(6) استثنى من قاعدة « عدم تضمين الأمين اذا لم يتعد ولم يهمل » امران :

- الاكرباء على حمل الطعام والشراب بخصوصه .

- الصناع .

وانما ضمن حاملو الطعام لان الطمع في اكل ذلك كثير ، ولكنهم لا يضمنون ما تلف باسباب قهرية ، ولا ما تلف بحضور صاحبه الملازم للحمال في سيره . سواء كان الحمل على سفينة او دابة او عربة وكان الحمال يحمله بنفسه (ن ، م : 335/2) .

(7) اصعب سبي يضمن هو الذي ينصب نفسه للناس واما غيره فلا ضمان عليه . ويصدق في الرد ، وذلك اذا لم يفبض المتاع باشهاد (ابن رجال على شرب ميرة على التحفة : 104/2) .

ويذكر الفلشاني الأصل في الصناع عدم الضمان لأنهم مؤثنون ، ولأنهم اجراء . وقد أسقط النبي صلى الله عليه وسلم الضمان عن الاجراء عموما . ولما كان العموم يحتمل الخصوص ، فقد خصص العلماء الصناع وضمنوهم نظرا واجتهادا لضرورة الناس الى استعمالهم ، فلو حكم بعدم ضمانهم لاجتروا على اكل اموال الناس وهكذا اقتضت المصلحة ضمانهم في ما لم تقم بينة بهلاكه (مسالك الدلالة : 241) .

وانما يضمن الصناع ما غابوا عليه سواء عملوه باجرا او بغير اجر ، وسواء صنعوا في حوانيتهم او بيوتهم ، وسواء تلف بصنعهم او بغير صنعهم .

ولكن لا يضمن الصانع في الحالات التالية :

- اذا عمل بحضرة رب المصنوع .

- اذا صدقه ربه في دعوى الضياع .

- اذا قامت بينة على تلفه .

وحينئذ لا يكون للصانع اجرة على المشهور (اسهل المدارك : 338,337/2) .

(8) نقل هذا الكلام عن ابن حارث الفيلاي في شرحه للعمليات الفاسية : 136 مخ . دار الكتب الرطنية بتونس

(14829) .

- والمستعير والمرتهن في كل ما لا يغاب عليه (9) .

- والوكيل فيما وكل على النظر فيه (10) .

- والمأمور بالشراء والبيع .

- /والسمسار الذي يبيع للناس من أموالهم ، ويدخل فيما بينهم . [40 - أ]

- والشريك للرجل في ماله كان مفوضا أو غير مفوض .

- والرسول فيما يرسل به من شيء .

- والمبضع معه المال ، بشري به شيئا ليوصله .

- والمستأجر للأشياء المغيبة عليها .

هؤلاء كلهم أمناء مصدقون فيما يقولون ، وما ادعي عليهم من وجه بوجب عليهم الضمان ؛ فالقول قولهم بلايين ، إلا ان يكون المدعى عليه ممن بتهم ، فيجب اليمين .

(9) ما ما قبضه المرتهن مما يغاب عليه ، فانه بضمنه الا ان يقيم بينة على هلاكه من غير سببه ، وهذا قول ابن لناسم الذي رواه عن مالك وبه العمل (ميارة على التحفة : 108/1) .

(10) قال ابن لناسم في العتية : ان الوكيل سواء اكان مفوضا اليه او مخصوصا ، والزوج ، إذا وكلا على قبض حتى ، فلا عيبا انها قبضاه ودفعا الى من وكلها ، فانها يصدقان في ذلك مع اليمين (ن ، م : 141/1) .

باب الوكيل (*)

[أفعال الوكيل المفوض]

736 - قال محمد : أصل القول في الوكيل المفوض اليه : أن أفعاله كلها جائزة ، حاشا المحاباة الظاهرة التي لا تدخل في باب النظر لمن فوض اليه أمره (1) .

[ضمان الوكيل]

737 - والوكيل المتصور على بيع شيء بعينه أو شرائه : لا يجوز تأخيرده ، ولا إقالته ، ولا إقراره ، ولا بيعه بنظره ، ولا رده بعيب ،

إلا أن يكون لم يؤمر بشراء ذلك الشيء بعينه : فيكون رده بالعيب جائزا ، لأنه كان يلزمه أن يأمره برده .

قال أشهب : هو ضامن في الوجهين جميعا ، إلا أنه أمين فيما يحدث بالنمن الذي يقبضه ، ويُصدّق في شروط البيع الذي يعقده .

(*) الوكالة لفظ : الحفظ والرعاية .

وشرعا : النيابة فيما لا يتعين فيه المباشرة (لباب اللباب : 200) .

(1) يمنع أيضا أن يبيع الوكيل ما وكل على بيعه من نفسه ولو سمي له الثمن على المعتمد لاحتمال الرغبة في المبيع بأكثر مما سمي .

كما يمنع من البيع لمجوره الصغير والسفيه وعبد الذي لم يؤذن له في التجارة وشريكه المفاوض إن اشترى بما لم يفاوضه .

أما الزوجة والابن البالغ الرشيد والرقيق المأذون له في التجارة فلا يمنع بيعه لهم إن لم يحجب فإن حابى فإن البيع يمضي ويغرم ما حابى به . والعبرة بالمحاباة وقت البيع (الزرقاني على المختصر الخليلي : 106،105/6) .

[تعدي المأمور ما أمر به]

738 - والأصل فيما يزيد المأمور في الثمن على الأمر : انه ما كان يسيرا لزمه وما كان كثيرا لزمه (2) .

وإذا تعدى المأمور فباع بغير ما أمره به الأمر : فإن كان أمره أن يبيع بالدنانير والدراهم ، أو بما يوجد به المثل من المكييل والموزون ، ضمن تلك العدة (3) .

وإن كان أمره أن يبيعها بشيء من العروض أو بالدين : فانما عليه قيمة السلعة التي أمره ببيعها لا غير (4) .

وإن كان المأمور باع بدين أو عرض مخالف ، وطلب الأمر أن يباع له ذلك الدين رجاء الفضل : كان ذلك له .

وإذا أمره أن يبيع له سلعة فباعها الأمر وباعها المأمور : فالمشتري الأول احق بها ، إلا أن يقبضها الثاني (5) .

(2) إذا خالف الوكيل في الشراء فزاد كثيرا على ما ذكر له موكله أو اشترى غير لائق أو غير ما عين له الموكل باللفظ أو القرينة أو العرف ، فإنه لزمه ما اشتراه ولو خطأ لتقصيره . وذلك إذا اشترى على البت ، أو على خيار البائع وأمضى .

أما إذا كان الخيار لها ، فإن من اختار منها الرد يكون له ذلك سواء كان بائعا أو مشتريا . وإذا علم البائع أن الوكيل المشتري يخالف ما أمره به الموكل ، أو ثبت ذلك بيينة ، فإن للموكل الرد (البائني على الزرقاني على مختصر خليل : 101/6) .

(3) انظر (ن ، م : 103/6) .

(4) قَطَّ ابن راشد لما يلزم الموكل من أفعال وكياله القاعدة التالية : « أن كل تصرف وافق منطقي اللفظ لغة أو عرفا ، أو فهم القرينة الحالية ، فهو ماض ، وما خالفه مما يعود بنقص ، فغير لازم ، فإن عاد بزيادة فقولان . وتنبني على هذه القاعدة مسائل انظرها في (لباب اللباب : 201) .

(5) على هذا درج خليل فقال : « وإن بعث وباع فالأول الا يقبض » . ولكن يفيد هذا الحكم بما إذا لم يعلم المشتري منه بيع الأول ، أما إن كان عالما فلا يكون احق من الأول قياسا على مسألة ذات الوليين .

وإذا باع وكيلان ، كان قد شرط لكل منهما الاستغلال ، شيئا ، فالمعتبر الأول ولو قبض المشتري الثاني ، مراعاة للسبق ، ولأن الفرق بينهما وبين الموكل والوكيل أن الموكل ضعف تصرفه في ماله بتوكيل غيره عليه ، أما الوكيلان فهما متساويان في التصرف . فكان المعتبر هو عقد السابق منهما مطلقا (الزرقاني على المختصر الخليلي : 111/6) .

وكذلك في النكاح ، إذا جعل أمر ابنته الى رجل ، فأنكحها الأب وأنكحها الرجل الآخر : فالأول منها أحق ما لم يدخل الثاني .

هذا مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك .

وقال المغيرة : الأول أحق على كل حال .

[دفع الوكيل بدون بينة]

739 - وإذا قضى الوكيل بغير بينة : ضمن المال (6) ،

وإن علم صاحب المال أنه قد قضى : فجائز له أن يضمه لأنه أتلف ماله .

وانظر : فكل من دفع مالا الى غير من دفعه اليه : فلا يبرئه منه إلا البينة التي تشهد له بالدفع ، والا فهو ضامن ، كان في الاصل ضامنا أو مؤثما .

وإن دفعه الى دافعه اليه ، وكان لذلك المال ضامنا من قبل : فلا يبرئه أيضا منه إلا البينة .

وإن لم يكن كان له ضامنا : فالقول قوله ، إن كان قبضه ، أنه قبضه بغير بينة ، وإن كان لم يقبضه إلا ببينة ، فلا يبرأ إلا ببينة .

[ضمان ما ضاع في الطريق]

740 - وإذا أرسل الوكيل . أو المبضع معه ، أو المودع ، المال الى ربه ، فضاع في الطريق : فهو ضامن له ، إلا أن يأذن له في ذلك .

(6) قال خليل « وضمن إن قبض الدين ولم يشهد » .

وتتصور القضية إذا إنكر رب الدين القبض ، أو لم يعلم منه إقرار ولا إنكار ، لموته أو غيبته ، فيضمن إذا ذاك الوكيل لتفريطه بعدم الاشهاد (ن ، م : 108/6) .

باب الوالد (*)

[إبرام الوالد عقود ولده]

741 - قال محمد : أصل (1) القول في هذا الباب : أن كل عقد عقد الوالد على ولده : فحكمه فيه نافذ ، بحكم ولاته عليه ونظرده له ، حتى يبلغ رشيدا (2) ، فإذا بلغ : فلا حكم له عليه (3) .

[إقرار الوالد على ابنه]

742 - كل ما أقر به الأب على ابنه في كل ما يليه منه ، ينظر له فيه : فإن أقرارد له جائز .

وما أقر به عليه من باب الغصب والجناية : فلا يجوز إقراره عليه به ، وإنما هو فيها شاهد .

(*) يورد المؤلف في هذا الباب أحكاما تتعلق بالشخص بصفته أبا .

(1) طمس بالأصل ، وما اثبتناه يندويه السياق .

(2) الرشيد هو : حفظ المال مع حسن النظر في تنميته والاتجار فيه ولا يشترط الصلاح في الدين (البهجة : 293/2 : الخطاب : 64/5) .

وفسره القاضي عبد الوهاب بانه : اصلاح المال وتأتيه للثمرة ومصلحته وان لا يكون السفه مبذرا له ، ولا تراعى عدالته في دينه ، ولا فسفه ، فاذا بلغ على هذه الصفة سلم وليه اليه ماله ولو كان فاسدا (الاشراف على مسائل الخلاف : 14/2) .

(3) عرف الامام المازري البلوغ بقوله : هو قوة تحدث للصبي تنفله من حال الطفولية الى حال الرجولة (الزرقاني على خليل : 372/5) .

[شراء الوالد لنفسه من مال ولده]

[40 - ب] 743 - بجائز للأب ان يشتري لنفسه من مال ابنه الصغير ، وبيع/منه ، على وجه النظر .

[شهادة الأب لولده]

744 - ولا تجوز شهادة الأب لولده ، ولا تزكيته إياه .

[نفقة الوالد على ولده]

745 - ويلزم الأب نفقة ابنه حتى يبلغ ، والابنة حتى تنكح ،

إلا ان يكون لهما مال : فلا نفقة على الأب .

وإذا انفق الأب (4) على ولده ، وكتب ذكر النفقة في كتاب ثم مات ، وكان للولد مال ، فأراد الورثة محاسبته من أجل ما وجدوا من كتاب النفقة :
فإن كان مال الولد عينا : لم يكن لهم ان يحاسبوه ، وإن كان عرضا : حاسبوه .

[هبة الوالد من مال ولده]

746 - وكل ما وهب الوالد من مال ولده أو تصدق به : فإنه غير جائز من فعله ،
موسرا كان أو معسرا ، ويرد إن كان قائما ،
فإن فات في يد الموهوب له أو المتصدق به عليه : كان على الأب قيمته ، إن كان موسرا .
ولا يجب للابن ان يتبع حينئذ المتصدق عليه بالقيمة ، ولا الأب ان يتبعه أيضا ان غرم
القيمة ،

وإن كان معسرا : غرم ذلك الموهوب له ، ولا يرجع الموهوب له إن غرم قيمة ذلك على
الأب بشيء .

(4) النفقة في المنهوب المالكى واجبة على الأب دون الأم ، إلا الرضاع فإنه واجب عليها على المعروف .
(الزرقاني على المختصر : 325/4) .

وتشمل النفقة الكسوة والسكنى على قدر حال المنفق وعوائد البلاد (قوانين الاحكام : 164) .

وإن كانا معسرين ، فأيهما أيسر أولا : غرم القيمة على نحو ما فسرت (5) .

[عتق الوالد رقيق ولده]

747 - وما أعتقه الأب من رقيق ابنه : جاز ذلك ، إن كان موسرا ، وغرم القيمة ،

وإن كان معسرا ، لم يجز ، إلا أن يتناول الزمان جدا ، وينكح العبد الحرائر ، وتجاوز شهادته ، فلا يرد عتقه .

وتكون القيمة على الأب ، يتبع بها دينا (6) .

[شروط الأب في نكاح ابنه]

748 - وما عقده الأب على ابنه من شرط النكاح في طفولته : لم يلزمه منها شيء إن دخل بالمرأة بعد بلوغه ، وهو لا يعلم ،

وإن دخل بها وهو عالم بها لزمته .

وإن كان علم بها قبل الدخول ، كان بالخيار : إن شاء دخل ولزمته الشروط ، وإن شاء فسخ على نفسه النكاح .

[وطء الأب جارية ابنه وأم ولده]

749 - وإذا وطئ الأب جارية ابنه : لزمته القيمة ، حملت أولم تحمل ، ولا حد عليه ، وكانت أمة للأب .

وإذا وطئ أم ولد ابنه : غرم قيمتها ، وعقدت ، ولم تحل للابن بعدها .

(5) انظر (ن ، م : 236) .

(6) انظر (حجازي على الأمير : 131/2) .

750 - ولا يحلف الأب لابنه ، ولا يحبس له في دينه .

ويحبس ، ويحلف له الابن ، ويؤخذ بحقه .

وإذا سرق الأب من مال ابنه : لم يقطع (7) .

وإذا قتل ابنه : لم يقتل به (8) ، وغلظت الدية عليه ،

إلا أن يضجعه فيذبحه ذبحاً ، أو يقدمه إلى السيف صبراً (9) فيقتل حينئذ به (10) .

[حوز الوالد]

751 - ومن أحكام الوالد : أنه يجوز لولده ما عطيه من ماله ، وما عطاء من الأعداء (11) .

[اعتصار الوالد]

752 - ومن أحكامه : أنه يجوز اعتصار هبته ولا يجوز له [اعتصار] (12) صدقته (13)

(7) لا يذفع الأب في مال ابنه لدوله صلى الله عليه وسلم : « انت ومالك لأبيك » .

(8) عمدة المالكية في عدم قتل الأب الذي قتل ابنه هو ما للأب من التسلط على تأديب ابنه وإن المحبة التي يكتنها له تجعل العمد مستبعداً فلا يثبت ما يثبت به الأجنبي إلا إذا غلب الظن وقويت التهمة (بداية المجتهد : 435/2) .

(9) الصبر : نصب الإنسان للقتل فهو مصبور ، يقال : قتله صبراً وقد صبره عليه . وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن تُصبر الروح . في الحديث : « انه نهى عن قتل شيء من الدواب صبراً » . وفي الحديث في رجل مسك وجلاً وقتله آخر . فقال : « اقلوا الناس وصبروا الصابر » . يعني احبسوا الذي حبسه للموت حتى يموت كفعله به (اللسان : صبر) .

(10) القتل عن طريق الذبح هو المعروف عند الفقهاء بالقتل غيلة ، ويجب فيه النصاص (ن . د : 434/2) .

(11) قال ابن عاصم :

والأب حوزة لما تصدق به على محجوره لن يتقى

(12) بياض بالأصل ، والزيادة اقتضاها السياق .

(13) وقال ابن عاصم :

وكل ما يجري بلفظ الصدقة فالاعتصار أبداً لن يلحقه

[ولاء الولد]

753 - ومن احكامه : انه يجبر ولاء ولده الى مولاه ، إن كان الولد من حرة ، أو كان ولاؤه من الولاء الضائع (14) .

[الولد على دين أبيه]

754 - ومن احكامه : ان دين ولده على دينه حتى يبلغ .

[ملك الولد لأبيه]

755 - ومن احكامه : انه يعتق على ولده إذا ملكه في حين ذلك بلا انتظام قضية من حكم.

(14) اصل المسألة المخدمة ان الزبير بن العوام اشترى عبدا فأعتقه وللعبد بنون من امرأة حرة فلما اعتقه الزبير قال : هم موالى . وقال موالى امهم : بل هم موالينا . واختصموا الى عثمان بن عفان فدضى عثمان للزبير بولائهم (تنوير الحوالك : 10/3) .

باب أحكام الصبي (*)

[رق الصبي وحريته]

756 - قال محمد : أصل مذهب مالك في الصبي : أن حكمه في الرق والحرية [حكم أبيه] (1) إن كان الفراش فراش ملك اليمين ، وإن كان فراش نكاح : فحكمه حكم أمه [في رقبها وحريتها] (2) .

[دين الصبي]

757 - وأصل القول في دينه : إن دينه دين أبيه ، كان مسلماً أو مشركاً ، ولا ينتسب إلى دين أمه ، كانت مسلمة أو مشركة .
لا أعلم بين أحد من أصحاب مالك في ذلك اختلافاً ، حاشى ابن وهب ، فإنه قال : إذا كانت أمه مسلمة كان مسلماً ،

41- أ : ويذكر ذلك عن أصبغ/أنه قال : الإسلام يعلو ولا يعلى .

وأصل كلامهم في إسلام الصبي قبل بلوغه مضطرب :

قال ابن القاسم : إذا أسلم الصبي وبيع على مالكة الذمي ، أن كان مملوكاً وصار عليه ثمن فات (...) (3) .

(*) يقدم المؤلف في هذا الباب أحكام الشخص قبل بلوغه .

(1) طمس في الأصل بحدار كلمتين وما أثبتناه اقتضاه السياق .

(2) طمس في الأصل بحدار كلمتين وما أثبتناه دلت عليه بعض حروفه .

(3) طمس بحدار خمس كلمات .

فإن أسلم وقد عقل الاسلام ، ثم بلغ فرجع : أنه يجبر على الاسلام ، وهذا قوله في هذه المسألة .

وقال في الأعجمي الصغير يموت : إنه لا يصلى عليه ، إن كان على نية صاحبه أن يجعله مسلماً إلا أن يجيب الى الاسلام بعد أن يعقله ،

وقد روي عن ابن عيسى في هذه المسألة عن مالك : أن حكمه حكم الاسلام ويصلى عليه .

وكذلك قال ابن الماجشون .

وقال ابن الناسم في موضع آخر : إذا زوج المجوسي ابنه الصغير من مجوسية ، ثم أسلم الصبي : لم تنع الفرقة بينه وبين زوجته ، إلا أن يثبت (4) حتى يحتلم ، فلم يجعل اسلامه اسلاماً .

وقال مالك : إذا أسلم الرجل وله أولاد قد تناهزوا الحلم ، ثم مات الأب : فإن المال يوقف حتى يحتلموا ، فإن اختاروا الكفر فلا ميراث لهم (5) ، وإن اختاروا الاسلام أخذوا الميراث ، ولم يفل : عرض عليهم الاسلام .

قال : وإذا ارتد قبل البلوغ : فإنه لا يصلى عليه ، ولا تؤكل ذبيحته .

قال سحنون : هو يكرهه على الاسلام ولا يختاره : أرى أن يصلى عليه ، ويرثه ورثته المسلمون .

(4) أي يبنى على ديانته المجوسية ثم يسلم بعد البلوغ .

(5) وذلك لأنه لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر قال عليه الصلاة والسلام « لا يرث الكافر المؤمن ولا المؤمن الكافر » مسند أحمد : 201/5 .

758 - وكل ما يعنده الصبي على نفسه من العقود اللازمة للبالغين المكلفين : فانه لا يلزمه منه شيء (6) ..

[جنایات الصبي]

759 - وكل جنایاته العمد : في ماله إن كان له مال ، أو في ذمته (7) ،

وما كان منها في الجراح والديات ، وبلغ ثلث العفل : حملته عاقلته (8) ،

وانظر : فكل شيء لزم رقبة العبد من جنایاته وافعاله : فانه يلزم ذمة الصبي ،

وما لزم ذمة العبد ولم يبلغ رقبته : فهو ساقط عن الصبي .

[اختبار الصبي بالتجارة]

760 - وقد اختلف ابن الفاسم وغيره : في المال الذي يستتجر به الصبي ، يدفعه اليه ليختبره به (9) . فيلحقه دين ،

(6) الصبي اما ان يكون ممیزا او غير ممیز . ففي الحالة الاولى توقف تصرفاته التي بعوض كالبيع ونحوه على موافقة وليه . فان شاء امضى تلك التصرفات ، وان شاء ردها بحسب المصلحة التي تعود للمحجور .
واما تصرفاته التي تكون على وجه التبرع فمردودة اصلا .

اما غير المميز فتصرفاته لا تعتبر بحال ، فإذا باع واشترى كان فعله كعدمه ، لأن التمييز شرط في وجود العقد
والولى تصرفاته التي بلا عوض (حاشية البناني على الزرقاني لمختصر خليل : 8/5) .

(7) الذمة معنى شرعي مفدر في المكلف قابل للالتزام واللتزم . وقد عرفها ابن عرفة بقوله : « ملك متمول كلي حاصل او مفدر » وقد شرحها الرصاع التونسي انظر : (فروق التراقي : 231/3 - الفرق : 183 : شرح حدود ابن عرفة للرصاع) .

(8) عمد الصبي كخطئه . دبتة على عاقلته إن كانت ثلث الدية فأكثر ، وإلا ففي ماله يتبعه به دينا إن كان ممیزا ، فإن كان دون التمييز فنيل الضمان من ماله والدية على عاقلته ، وقيل : المال هدر ، وقيل : كلاهما هدر . وهذا الخلاف في الصبي الذي ينزجر ، واما ابن ستة اشهر ونحوها وهو الرضيع فقال فيه الفقهاء : انه جبار (ابن ناجي زروق الرسالة : 242/2) .

(9) يجوز للولي ان يسلم شيئا من المال الى الصبي ليتجر به في الاسواق لاختباره والتحقق من كونه رشيدا عملا بقوله ۞

فقال ابن الناسم : دينه ساقط عن ماله وذمته ، وعما اتجر به .

وقال غيره : يلحنه فيما في يديه ولا يلحنه في ذمته .

[تصرف الصبي]

761 - وكل ما فعله الصبي مما يرى الولي اجازته ، مما هو له نظر : فانه جائز من فعله .

ولا يكون لمن عاقد الصبي في ذلك الكلام ، اذا اجازه الولي .

وما باع الصبي من ماله : فانه مأخوذ من المشتري ومردود الى مال الصبي ، ولا شيء للمشتري مما دفع من النمن الى الصبي ، لا في ذمة الصبي ولا في ماله .

الا ان يكون الصبي انفق ذلك النمن في مصالحه التي لا بد لوليه من الانفاق فيها ، فيلزم لولي رد ذلك النمن (10) .

[الاحصان بزواج الصبي والصبية]

762 - ولا يحصن الصبي المرأة بوطئه ، والصبية تحصن الرجل ، لانه وطء تام .

[زنى الصبي]

763 - اذا زنى الصبي او الصبية وقد اشعرا وفالا : لم يبلغ الحلم : فان النول قوله حتى يحتلم (11) . او باتى عليه من السنين ما لا يبلغه غلام الا احتلم (12) .

تعالى « فان انستم منهم رسدا فادفعوا اليهم اموالهم » النساء : 6 .

قال ابن عاصم : وجاز للوصي فيمن حبرا اعطاء بعض ماله مختبرا

(10) انظر : (قوانين الاحكام : 235)

(11) لا بنام الحد على الصبي لانه غير مكلف لكن يؤدب كما يؤدب في المكتب . قال صلى الله عليه وسلم : « رفع العلم عن ثلاث ... و الصبي حتى يحتلم » البخاري وابوداود وابن ماجه واحمد (ابن ناجي وزروق على الرسالة : 258/2)

(12) قدر المالكية السن التي لا يمكن ان يبلغها الغلام الا احتلم بنائية عشر عاما .

قال ابن عاصر :

وكل تكليف بشرط العقل مع البلوغ بدم او حمل
او بمنى او بانبات الشعر او بشان عشرة حولا ظهر

[عقد نكاح الصبي والصبية]

764 - ويعند على الصبي النكاح قبل البلوغ ابوه ووصيه (13) .
والصبية لا يعند النكاح عليها قبل البلوغ الا ابوها خاصة .

[المخالعة عن الصبية]

765 - وكذلك الأب يخالع عنها .

واما الوصي فلا يزوجهها قبل البلوغ . ولا يخالع عنها .

وقال ابن نافع : لا بأس ان يخالع عنها 14 .

[استهلال المولود وما ينشأ عنه]

766 - ومن احكام المولود انه اذا استهل 15 تمت احكامه . وورث وورث . وسمى .

41- ب | يغسل . وصلى عليه/ ان مات .

وان لم يستهل لم يجب له شيء من هذه الاحكام 16 .

[عدم مضي تصرف الصبي]

767 - وكل ما فعله الصبي او البكر : لم يجز . وان اجازه الاب او الولي .

[لا سهم للصبي في القتال]

768 - ولا سهمان للصبي في الغيمة وان قاتل .

(13) يرى مالك ان النكاح لا يعند الا بولي وهو شرط صحة في رواية اشهب .

وفي رواية ابن القاسم : ان اشتراطه سنة لا فرض . فقد روي عنه انه كان يقول بتوارث الزوجين بغير الولي . كما يجوز للمرأة الوضعية ان تستخلف رجلا من الناس على انكاحها . ويرى استحباب تقديم السبب وليها في عقد نكاحها .

واما البغداديون من اصحاب مالك فيرون الولي شرط صحة (بداية المجتهد : 10/2) .

(14) انظر تفصيل ذلك في (لباب اللباب : 98 وما بعدها : قوانين الاحكام : 146 وما بعدها) .

(15) لا يدوم منام الاستهلال وهو الصراخ : الحركة والعطاس . الا ان بطول او يرضع (قوانين الاحكام : 29)

(16) من موانع الارث الشك في حياة المولود (ن . م) .

[عدم مضي عفو ولي الصبي]

769 - وإذا وجب للصبي دم فعفا الولي على غير دية : لم يجز ذلك .

باب الوصي (*)

[عدالة الوصي]

770 - قال محمد : مذهب مالك بن أنس وغيره من أصحابه : أنه لا تجزئ وصية الميت إلى غير العدل ، ولا يكون له أن يجعل مال ورثته إلا في يد العدل (1) .

[رجوع الوصي]

771 - ومن أحكام الوصي : أنه إذا قبل الوصية في حياة الموصي ثم مات الميت على ذلك ، لم يكن له أن يرجع بعد الوفاة ، وله أن يرجع قبل موت الموصي ، لأن الموصي قادر على أن يستبدل غيره (2) .

(*) الوصية لغة : من وصيت الشيء بشيء ، إذا وصلته به .
وشرعا : عند يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده (الصاوي على الشرح الصغير : 579/4) .

والمراد بالعدالة هنا الستر لا الصفة المشترطة في الشهادة (زروق على الرسالة : 313/2)
(1) شرط العدالة خاص بالوصي على مال اليتيم أو قضاء دين أو اقتضائه . وذلك مخافة أن يدعي غير العدل ضياع المال . وأما فيما يختص بالميت كالوصية بالثلث أو بالعق فيجوز أن يكون الوصي غير عدل لكن يشترط فيه الاسلام (حجازي على الأمير : 456/2) .
(2) قال ابن عاصم :

والنقل للأيصاء غير معمل إلا لعذر أو حلول أجل
ولا يرد العقد بعد أن قبل أن مات موصي ولعذر ينزل

انظر شرح ذلك في (البهجة - حلي المعاصم : 306/2)

[تصرف الوصي]

772 - وكل ما فعله الوصي على وجه النظر ؛ فهو جائز ، وما فعله على وجه المحاباة وسيء النظر ، فلا يجوز (3) .
وروى ابن نافع عن مالك : أنه لا بأس أن يُعطى من زرع اليتيم للسائل يقف به يرجو بركة ذلك .

[شراء الوصي من مال اليتيم]

773 - ولا ينبغي للوصي أن يشتري من مال اليتيم شيئاً ، لما يلحظه في ذلك من التهمة ، إلا أن يكون البيع لذلك يبيع السلطان في ملأ من الناس (4) .

[بيع ربع اليتيم]

774 - ولا يبيع ربع الأيتام إلا من جائحة ، أو يعطى غبطة من النمن ، مثل الملك بجواره ، وما أشبهه (5) .

[شهادة الوصي]

775 - ولا تجوز شهادة الوصي للورثة ، إلا إن يكونوا كباراً عدولاً (6) .
وإذا كان في الورثة كبار لم يبع الوصي شيئاً من مال الميت إلا بحضرة الكبار (7) .

(3) لا يكون تصرف الولي إلا على مقتضى حسن النظر ، فلا يبيع عناره إلا الحاجة الاتفاق عليه ، أو لفبطة في الثمن ، أو لحشية سقوطه إن لم ينفق عليه من المال ما يكون معه يبعه (الجواهر لابن شاس : 43 أ و ب)
(4) إن وقع من الوصي شيء من ذلك تعقبه الحاكم بالنظر فيما هو مصلحة فإن كان صواباً أمضاه والا رده ، إلا أن يكون ما اشتراه الوصي من مال الموصى عليه قليلاً وانتهت فيه الرغبات بعدما وقع اشهاره للبيع في سوقه ، فيجوز حينئذ للوصي أن يشتريه (الشرح الصغير : 611/4)

(5) انظر (المدونة : 288/4)

(6) علة منع شهادة الوصي للورثة الصغار هي أنه ناظر لهم . أما شهادته للورثة الكبار العدول فهي جائزة لأنهم أولياء أنفسهم ، ولا يقبض لهم شيئاً وإنما يقبضون لأنفسهم إذا كانت حالتهم مرضية (المدونة : 289/4)
(7) انظر (قوانين الاحكام : 237)

[القسمة على الكبار]

776 - وكذلك لا يتقسم الوصي على الكبار إذا كانوا غُيَّبًا حتى يأتي السلطان ،

هذا قول ابن القاسم (8) .

وأشهب يميز ذلك وإن كانوا غُيَّبًا .

ورد ذلك سحنون من قوله (9) .

[تصرف الوصيين]

777 - وأصل القول في الوصيين : أنه لا يفعل أحدهما شيئًا إلا بإذن صاحبه ، ويكون المال عند أعدلهما (10) ولا يتقسم .

فإن قسما قال أشهب : لم يضمن أحدهما من ذلك شيئًا .

قال ابن الماجشون : يضمن كل واحد منهما ما وكله إلى صاحبه .

وما اختلف فيه الوصيان ، نظر فيه السلطان (11) .

قال أشهب : يكون المال عند أعدلهما ، فإن استويا في العدالة ، فعند أحرزهما وأحوطهما ، فإن استويا في ذلك فعند أملاهما ، فإن استويا في ذلك نظر السلطان : فإن رأى أن يتقسمه قسمه ، وإن رأى أن يجعله عند أحدهما جعله .

(8) إذا كان الورثة القانئون كلهم صفارًا جازت مفاسمة الوصي لهم وعليهم . وإذا كان الورثة الكبار غائبين والصغار حاضرين عند الوصي فعليه أن يرفع الأمر إلى السلطان فيقسم بينهم التركة ويغزل نصيب الكبير منهم ويجوز له ، وأما لو حصل العكس بأن غاب الصغار وحضر الكبار وأراد الكبار القسمة ، أو أرادها الوصي للصغار جازت القسمة لأن وصي الصغير حاضر (المدونة : 276/4)

(9) انظر (جواهر ابن تاس : 131/2 أ)

(10) إذا أوصى رجل لوصيين فإن أفصح بالاستقلال أو عدمه ، فالعمل بما أفصح به ، وإن لم يفصح فلا استقلال لأحد الوصيين على الآخر ، ويحمل عملها على التعاون (مجموع الأمير : 457/2)

وأما لو أوصى لواحد وجعل آخر ناظرًا عليه ، فالأمر لذلك الناظر النظر في تصرفات الوصي وليس له رد السداد من تصرفه ولا نزاع المال منه (الصاوي على الشرح الصغير : 608/4)

(11) إذا اختلف الوصيان في أمر ما كبيع أو شراء أو تزويج ، رفع الأمر للحاكم لينظر فيما هو أصح (الشرح الصغير : 608/4)

قال ابن كنانة : إذا جعله السلطان عند أحدهما ختم عليه الوصيان .

[بيع الوصي مال الميت]

778 - وكل ما باعه الوصي من مال الميت ، فالدرك (12) على الوصي ، إذا لم يبين أنه مال فلان الميت ، فإن يّين ذلك ، فلا درك عليه .

[تولي الوصي الخصام]

779 - ولا يخاصم أحد الوصيين ، دون صاحبه ، فيما يطلبونه من مال الميت ،

وجائز أن يخاصم أحدهما فيما يُطلب به الميت ، لأن القضاء على الغائب جائز ، ويكون الغائب على حجته (13) .

[وصي الوصي]

780 - ووصي الوصي بمنزلة الوصي (14) .

وإن كانا وصيين ، فأوصيا جميعا الى رجل ، جاز إيصاؤهما .

وإن أوصى أحدهما بما إليه من الوصية الى رجل : لم يجوز ذلك ، لأنه ليس له أن يفعل دون صاحبه فعلا (15) .

(12) الدّرك : اللّحق من التّبعة . ومنه ضمان الدرك ، في عهدة البيع (اللسان : درك) .

(13) قال مالك : إن جاء الوصي الغائب بعد ما قضى القاضي على الوصي الحاضر ، فكانت له حجة على الميت جهلها الوصي الذي خاصم نظر القاضي في ذلك فإن رأى ما يدفع به حجة المستحق دفعها ورد الحق الى الورثة ، وإن لم يرد ذلك انفضّه (المتنونة : 290/4)

(14) وصي الوصي كالوصي في كل ما كان للموصي فعله من نكاح أو غيره . قال خليل : وإنما يوصي للمحجور عليه أب أو وصيه وإن بعد لا غيرها ، كمقدم القاضي أو جد سوى الأم فإن لها الإيصاء بشروط ستاتي بعد حين . ومثل الوصي في صحة الإيصاء لغيره الخليفة وإمام الصلاة . والضابط في ذلك : أن كل من عزل نفسه مما قبل التولية فيه يجوز الإيصاء به ، ومن له عزل نفسه كالأمين والوكيل والقاضي فليس له الإيصاء (الفواكه الدواني : 266/2)

(15) قال خليل : « لاثنتين حُمل على التعاون ، وإن مات أحدهما أو اختلفا ، فالحاكم ، وليس لأحدهما إيصاء بلا إذن ولا لها قسم المال والا ضمنا » .

قال أشهب : جائز لأحد الوصيين أن يُوصي بما إليه من الرصية إلى رجل ، وكذلك روى علي بن زياد عن مالك .

وإذا أوصى الميت إلى وصيه ببله ، يضعه حيث شاء فأراد الرثة كشف لصي بأن (...) (16) .

[قضاء الوصي الدين]

781 - وإذا قضى الوصي بعض الغرماء ، وبني من المال بنية تفي بما عليه من الدين :
كان فعل الوصي جائزاً .

فإن تلف باقي المال : فلا شيء لباقي الغرماء على الوصي ولا على الذين فتقض (17) .

وإن قضى الوصي بعض الغرماء جميع مال الميت ثم أتى الغرماء الآخرين ، فإن كان الوصي عالماً بالدين الباقي ، وكان الميت موصوفاً بالدين (...) (18) .

وإذا دفع الوصي دين الميت بلا بينة : ضمن ، إلا أن يكون قد أشهد ، وعال لزمان ومات الشهود ، فلا شيء عليه (19) .

(16) ضمن بمندرسطين في الأصل استعالت علينا قراءته .

(17) هذا ما ذكره ابن شاس ضا في (الجواهر : 131/2) .

(18) ثلاثة أسطر أغلب كلماتها مطموس

(19) انظر (جواهر ابن شاس : 131/2) .

[وصي الأم]

782 - وصي الأم لا يكون وصيا على أولادها إلا في شيء لليل (20) .

هكذا قال بن الناسم .

وقال أشهب : لا يكون وصيا لا في الليل ، ولا في الكبر .

[النسمة بين الأطفال]

783 - ومن قول ابن الناسم : أنه ينبغي للوصي أن لا ينقسم بين الأطفال ، ولكن يأتي السلطان فينقسم عليهم (21) .

ون لم يأت السلطان ونقسم هو عليهم : جاز ، إذا كانت قسمة عدل منه .

(20) الأم توصي على أولادها بشروط :

- أن يكون المال قليلا .

- أن يكون ذلك المال موروثا عنها ،

- أن لا يكون للولد الموصى عليه أب أو وصي من قبل الأب أو مندم من الحاكم (الشرح الصغير : 604/4 ،

605)

ويذكر أحمد الصاوي أن المقصود بالنسمة في المال الفلّة العرفية ولا خصوصية لتحديد مبلغ معين (الصاوي على

الشرح الصغير : 604/4 - 605)

(21) انظر (المدونة : 276/4)

باب أحكام السفية (*)

[تصرف السفية]

784 - قال محمد : اصل مذهب مالك : أن السفية أفعاله نافذة جائزة حتى يحجر عليه السلطان ،

فإذا حجر عليه السلطان : كانت أحكامه بعد الحجر سييل أحكام لصبي في بيعه ، لبيع والشراء والاقرار ، وسائر ما يعنده على نفسه من المداينات ووجبه ، معاملات (1) .

قال ابن الماجشون : وأما أفعاله فجائزة حتى يحجر عليه ، فإن رشيد ثم سفه ، ما ن كان يُبذر وسفه فلا يجوز له فعل .

[رشد اليتيم]

785 - واختلف ابن الناسم وابن الماجشون في [بدغ (2)] لشد الذي به يستحق اليتيم قبض ماله .

(*) السفية لغة هو الجاهل والأحمق . والسفه هو الخفة ينال : ثوب سفية ، أي خفيف .

وشرعا : هو خفة العذل وهو يشمل الصبي (البهجة : 211/2)

(1) تصرفات الصبي التي تكون بعوض تكون موقوفة على إجازة وليه ، فإن لم يكن له ولي قدم الناضي عليه ناظر ينظر له نظر الوصي ، فإن بني بدون وصي ولا مندم وبلغ رشيدا كان مخيرا بين إجازة أعماله وردها .

أما تصرفه بالمعروف كالهبة والعتق والصدقة فهي غير ماضية (مندمات ابن رشد : 199) مع دبر الكتب الوضعية بتونس 12,100)

(2) كلمة غير واضحة بالاصل وما أثبتناه اقتراح منا .

فمذهب ابن الناسم في ذلك : إحراز المال ،

ومذهب ابن الماجشون : إحراز المال وإحراز الشهادة .

[من تصرف السفية]

786 - ومن أحكام السفية : أن طلاقه زوجته جائز عليه ، وعتق أم ولده جائز .

وما أجاز الولي من أفعال السفية على وجه النظر ، فجائز من فعله .

قال سحنون : إذا مات رجل ولم يوص بولده ففعل أفعالا قبل أن يحجر عليه السلطان ، فإن أفعاله جائزة حتى يحجر عليه السلطان . وهذا مذهب المدنيين كلهم إلا ابن الناسم فإنه قال : أفعاله غير جائزة .

ومن أحكام السفية : أنه لا يزوج بناته إلا بأمر وليه .

[حلف السفية مع الشاهد]

787 - وإذا قام للسفية شاهد واحد : فإن حلف أخذ حنه ، وإن نكل حلف الآخر وبرىء ،

فإن رشد السفية ، لم يكن له في قول مالك أن يحلف ويأخذ .

وقال ابن كنانة : له أن يحلف ويأخذ ، لأن تركه لليمين شبيه بهبته (3) .

[زواج السفية]

788 - وإن تزوج السفية ثم مات أو ماتت :

(3) انظر (منعمات ابن رشد : 199 أ)

فإن مات المحجور عليه : فلا شيء للمرأة ، لا من ميراث ، ولا من صداق (4) .

[42- ب] وإن ماتت هي /نظر الولي لليتيم ، فإن رأى الاجازة أفضل أجاز ، وإن رأى الفسخ أفضل فسخ .

(4) اختلف فنهاء المذهب على ثلاثة أقوال فيما إذا تزوج المحجور عليه ثم مات :

- لا ميراث لزوجته ولا صداق إلا إن كان دخل بها ، فيكون لها منه قدر ما استحل منها .

- لها الميراث وجميع الصداق .

- لها الميراث وينظر الولي في النكاح ، فإن كان نكاح غبطة وأجازه كان لها الميراث والصداق ، وإن كان النكاح

فاسدا وجب لها الميراث ورد الصداق ويترك لها في الدخول ربع دينار .

والقولان الأولان لابن الفاسم والثالث لأصيف (ن ، م) .

باب أحكام العبد (*)

[لا تجب الجمعة على العبد]

789 - قال محمد : أحكام العبد على مذهب مالك بن أنس أنه لا جمعة (1) عليه ، وإن حضرها كان من أهلها وأجزأته (2) .

[إمامة العبد]

790 - ومن أحكامه : أنه لا يكون إماما في مساجد النبائل ، ولا مساجد الجماعات ، ولا الاعياد ،

ولا بأس أن يؤم النوم من غير أن يتخذ إماما راتبا . ولا بأس أن يؤم في رمضان النافلة . ولا بأس أن يؤم في السفر (3) .

(*) يذكر المؤلف في هذا الباب أحكاما تتعلق بالشخص المملوك . وقد سبق ذكر بعضها متفرقة في أبواب عدة : كالصلاة - الزكاة - الحج - الاقرار - ومسائل أخرى تخص علاقته بسيده ، وتعريفاته ما يضي منها وما لا - نكاحه - شهادته الخ .

والملاحظ أن هذا الباب وأمثاله هي كالأبواب التي عرفناها في تصانيف الفقهاء - حتى الأئمة منهم - باسم « باب جامع ... » يجمعون فيها مسائل وأحكاما قد تكون سنطت في أماكنها أو وقع الاغفال عنها .

(1) كلمات غير واضحة بالاصل وما أثبتناه يناسب السياق .

(2) الحرية شرط في وجوب الجمعة ، قال ابن عاشر :

فصل بموطن القرى قد فرضت صلاة جمعة للخطبة تلت

بجامع على مقيم ما انعذر حرقريب بكفرسخ ذكر

هذا هو مشهور المذهب ، وقال اللخمي بجوبها على العبد (الدارالمنين : 78/2)

(3) الحرية شرط صحة في الإمامة للجمعة . قال ابن عاشر : في جمعة حرمقيم عددا (ن ، م) .

قال ابن الماجشون من رواية ابن حبيب : لا بأس بإمامة العبد ، وأن يكون إماماً راتباً ، ما عدا الجمعة ، من أجل أنها لا تجب عليه .

[زكاة العبد]

791 - ومن أحكامه في باب الزكاة : أنه لا تجب عليه زكاة في ماله حتى يعتق ، فإذا عتق استقبل بما بيديه حولا .

وأما زكاة الفطر ، فإنها تجب على مولاه فيه ، إذا كان العبد منسلياً ، فإن كان مشركاً لم تجب عليه فيه زكاة الفطر (4) .

[حج العبد]

792 - ومن أحكامه في الحج : أنه إذا أذن له في الاحرام فأحرم به ، وجب عليه (5) .

[صوم العبد الكفارة]

793 - والصوم في باب الخطأ ، فليس لسيدته أن يمنعه منه .

وما وجب عليه في باب العمد ، كان له أن يمنعه منه (6) .

كذلك يقول ابن القاسم : إنه إذا وجب عليه ظهار ، فلسيده أن يمنعه الصوم .

وقال ابن حبيب : ليس له أن يمنعه من الصيام ، كان عمداً أو خطأ ، وكذلك قال ابن وهب وابن الزقاق .

(4) انظر (ن.م : 176/2) .

(5) إذا أحرم العبد بغير إذن سيده فلسيده أن يمنعه ويتحلل كما يتحلل المحصر . انظر (باب اللباب : 57)

(6) العبد يكفر بالصوم إن قدر عليه ، وإلا بقيت الكفارة بذمته ، فإن أذن له سيده في الإطعام ففي ذلك خلاف (الزرقاني على مختصر خليل : 263/2)

[مال العبد]

794 - ومن مذهب مالك : أن العبد يملك ماله ، إلا أنه ملك موقوف ، لا تجوز فيه أحكامه ، لا في باب البيع والشراء ، ولا في باب المعروف (7) .

[تجارة العبد]

795 - أحكامه أحكام المحجور عليه حتى يؤذن له في التجارة ،

فإن أذن له في التجارة كان حكمه في ماله حكم الشريك المفاوض ، والوكيل المفوض إليه يكون بيعه وشراؤه وعنده وجميع ما فعله ، مما يرى أنه فعله للاستلاف في التجارة والنظر فيها جائز نافذ (8) .

[هبة العبد وعتقه]

796 - وهو على حكمه الأول : لا تجوز هباته ، ولا عتقه ، ولا كل ما يخرج من حد . هذه التجارة (9) .

[إقرار العبد]

797 - ولا يجوز إقرار العبد المحجور عليه إلا بالقتل العمد ، فإنه لا يثبت فيه لما يناله من ألم القصاص .

(7) يملك العبد ماله ، إلا أنه ملك منصوص عن ملك الحر ، إذ يجوز للسيد أن ينتزعه منه متى أراد ، وهو في تصرفه كالمحجور عليه (قوانين الأحكام : 214)

(8) يرى مالك أن العبد المأذون له في التجارة إذا صنع ما يصنع التجار فإن ذلك جائز أما تصرفه الخارج عن نطاق الاتجار فلا يضي إلا بإذن سيده . ومثاله : أن يكون للعبد مال كثير فلا يجوز له أن يعطي منه شيئاً على وجه العارية . وكذلك ليس له أن يصنع طعاماً ويدعوا إليه الناس وأجاز ابن القاسم صنع الطعام إذا كان العبد مأذوناً له في التجارة إذا كان لاجل جلب منفعة لتجارته (المدونة : 125/4)

ولا ينبغي للسيد أن يأذن في التجارة إلا لعبده المتدين ، حتى لا يتعامل بالربا ، وخوفاً من الخيانة . والعبد الكافر أولى بالمنع (قوانين الأحكام : 214)

(9) إذا وهب العبد أو تصدق بغير إذن سيده ورد سيده تصرفه بعد علمه بذلك التصرف وكان الموهوب له استهلك الهبة ، صارت قيمة تلك الهبة ديناً على الموهوب له (المدونة : 126/4)

وأما إقراره بالجراح الخطأ أو القتل الخطأ ، فإن كان إعداره في فور ذلك ، وبحضرته وعند التعلق ، بإقراره جائز ، وأما على غير ذلك فلا يجوز (10) .

[رد السيد أفعال عبده]

798 - وكل ما فعله العبد من الأفعال التي لا تجوز له ، فلم يرد لها السيد حتى عتق ، فإنها جائزة ، إلا أن يكون السيد يرد ذلك من فعله عند السلطان ؛ فلا يلزمه بعد العتق . إلا إن رد السيد ذلك من فعله عند غير السلطان ، ففي ذلك اختلاف بين أصحاب مالك :

فابن القاسم يقول : إنه لا يجوز رده إلا عند السلطان .

وغيره يقول : حيثما رد السيد فهو مردود .

[شهادة العبد]

799 - ومن أحكام العبد : أن شهادته مردودة لا تجوز منفردة ، ولا مع غيرها (11) .

[إنكاح العبد والأمة]

800 - ومن أحكام العبد والأمة : أن السيد يعقد عليها النكاح بغير إذنهما ، وإن كرها .

(10) يشترط في الإقرار أن يكون المقر مالكا لأمر نفسه ، أي بالغاً رشيداً . وأما العبد فهو مثل المكره والصبي والسكران والمرتد .

قال خليل : « يؤخذ المكلف بلا حصر بإقراره لأهل لم يكذبه » (البهجة : 318/2)
ويصح منه الإقرار بالدين إذا كان مأذوناً بالتجارة . وكان إقراره قبل قيام الغرماء عليه وتقليسه ، فيحاص به الغرماء إن فلتسوه بعد ذلك . أما قبل التقليس فلا يصح إقراره أسوة بالحر (المدونة : 127/4)
(11) أخبر سجعون أن عثمان بن عفان قبل شهادة العبد إذا أداها بعد عتقه . وقال ابن القاسم : إن ابن شهاب رد هذه الشهادة أبداً (ن ، م : 80/4)

ولا يجوز طلاقه على العبد (12) .

واختلف الرواة عن مالك في عدة ما يتزوج من النساء .

فروى اشهب عن مالك : انه يتزوج اربعا . قال مالك : وانا لنقول ذلك وما ندرى ما هو .

وروى ابن وهب عن مالك/ انه لا يتزوج إلا اثنتين . وبه يقول الليث بن سعد . [43 -]

[طلاق العبد]

801 - ومن احكام العبد في الطلاق ان طلاقه ثنتان ، كانت زوجته حرة او امة (13) .

[عدة الأمة]

802 - وعدة الأمة من زوجها في الطلاق حيضتان ، كان الزوج حرا او عبدا (14) .

[حد العبد]

803 - وما وجب على العبد من الحدود ، فإنما عليه من ذلك نصف ما على الحر (15) .

(12) السيد هوولي العبد يزوجه جبرا لأنه مال من امواله ، وله ان يصلح ماله بأي وجه (الصاوي على الشرح الصغير : 354/2) .

وعلة منع الطلاق من السيد على العبد هي ان الطلاق بيد الزوج المكلف ولو سفيها او عبدا (الشرح الصغير : 527/2)

(13) يرى المالكية ان الرق مؤثر في عدد الطلقات بالنسبة للرجل وهو الذي بيده الطلاق . وهو رأي عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن عباس مرفوعا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال « الطلاق للرجال والعدة للنساء » مالك في الموطأ .

قال ابن رشد الحفيد : إلا ان هذا الاثر لم يثبت في الصحاح (بداية المجتهد : 73/2) وهو من مراسيل ابن المسيب رواه مالك في الموطأ .

(14) عدة الأمة قرآن عند المالكية لتعذر التنصيف كالطلاق . وسواء كانت قنأ او فيها شائبة حرية مثل المكاتب والمذبرة وما اشبههما ، وسواء كان الزوج حرا او قنأ (الخرشي على خليل : 160/4) .

وتفسير القرء بالطهر هو مشهور المذهب خلافا لما يبدو من كلام ابن حارث .

(15) يجب على العبد نصف ما على الحر من الحد ، فإذا زنى فعليه خمسون جلدة فقط . وهذا الحكم ينطبق على

المكاتب وأم الولد والمعتق لأجل والمدبر (الشرح الصغير : 456/4)

[قطع العبد السارق]

804 - ومن حكمه : أن يقطع إذا سرق ، إلا أن يكون إنما سرق مال سيده ، فلا يقطع (16) .

[خيار الأمة بعد عتقها]

805 - وإذا عتقت الأمة وهي تحت عبد : كانت بالخيار : إن شاءت استقرت عنده ، وإن شاءت فارقته ، فإن فارقته فهي طلقة بائة (17) .

[صداق العبد]

806 - وإن زوج الرجل عبده ، فالصداق على العبد ، إلا أن يجعله السيد على نفسه .

هكذا قال ابن القاسم في روايته .

وذكر عن ربيعة أنه قال : إن كان السيد هو الذي خطب عليه وزوجه : فالصداق على السيد ، وإن كان لم يزد على أنه أذن له في النكاح : فالصداق على العبد .

[مال العبد بعد عتقه]

807 - وإذا أعتق العبد ، فماله تبع له إلا أن يستثنيه السيد (18) .

(16) قال ابن شاس : « يستوي في القطع الرجل والمرأة والحر والعبد ، إلا أن يكون ملكا للمسروق منه » (الجواهر : 115/2)

(17) إذا أشهدت الأمة المتزوجة بعبد على نفسها أنها إن تم عتقها وهي في عصمة زوجها العبد أنها تختار الفراق أو تختار البقاء معه ، فلا يلزمها شيء من ذلك ، ولها إذا تم عتقها أن تختار ما تريد ولو خلافا لما أشهدت عليه . وتعليل ذلك أنها لما أشهدت لم يكن قد وجب لها شيء ولأنه طلاق لأجل مشكوك فيه وهو زمان العتق (الحارثي وحاشية العدوي على الشرح المذكور : 98/2) .

بالأصل : (بائن) والصواب ما أثبتناه . يقال : بانت المرأة عن الرجل ، وهي بائن : انفصلت عنه بطلاق . وتطليقة بائة بالهاء لا غير ، وهي فاعلة بمعنى مفعولة أي تطليقة ذات بينونة (اللسان : بين) .

(18) يكون استثناء السيد لمال عبده الذي أعتقه بيينة فإن لم تكن إلا دعواه لم يصدق ، والفول قول العبد مع يمينه وله رد اليمين (قوانين الاحكام : 278)

[جنایة العبد]

808 - ومن أحكام العبد في جنایته ، كانت جنایته على نفس ، أو على مال ، عمداً أو خطأ ، أن یخیر السيد بین أن یفتكه من الجنایة ویبقى كما كان قبل الجنایة ، و بین أن یسلمه في جنایته (19) .

[نظر العبد شعر سیدته]

809 - ولا یجوز أن یرى العبد شعر سیدته ، وَغَدًا كان أو غیر وَغَد ، إذا لم تستكمل المرأة ملكه ، وكان لها فيه شرك ،

فإذا استكملت ملكه ؛ جاز أن یرى شعرها ، إن كان وَغَدًا ، وإن كان غیر ذلك من الهیئة ؛ لم یجز (20) .

[عقوبة العبد القاتل]

810 - وإذا قتل العبد نفساً ؛ فلم یقتل به ، ضرب مائة وسجن عاماً كحكم الحر (21) .

قال مالك : مضت السنة أن العبد إذا اعتق تبعه ماله ، وأن المكاتب إذا كوتب تبعه ماله ، وإن لم یشرطه . وأصل هذا الباب ما رواه أصحاب السنن عن ابن عمر مرفوعاً « من أعتق عبداً فمال العبد له إلا أن یستثنیه سیده » . و یرى المالكیة أن الأصل في العبد لا یملك ملكاً تاماً ، لكن لما كان العتق صورة إحسان الیه ناسب ذلك أن لا ینزع منه ما بیده تكمیلاً للإحسان (الزرقانی على الموطأ : 10/5 - 11) .

(19) القاعدة أنه لا یقتل حر بعبد ، ویقتل العبد بالحر ، ولا قصاص بین حر وعبد في حر . ومعنى یقتل العبد بالحر أنه یقضی بقتله إن طلبه الولی ، وهو لا ینافی أن للولی الخيار بین قتله واستحيائه ، لكن استحياءه یثبت لسیده الخيار بین تسلیمه أو دفع دية الحر المستول ، كما أنه یخیر إذا قتل العبد حراً مسلماً خطأ بین تسلیمه للولی المقتول أو فدائه بدية المقتول .

وأما لو رقت من رقیق على رقیق فإن كانت عمداً فالقصاص ، وفي الخطأ جنایته في رقبتة فیخیر سیده بین فدائه وإسلامه (الفواكه الدواني : 212/2)

(20) یجوز للعبد أن یرى من سیدته ما یراه منها محارمها وجهها وكفها على الأصح ، إلا أن یكون له منظر فیکره أن یرى غیر وجهها (قوانین الاحكام : 337)

(21) انظر المدونة : (445/4)

[العبد المرسل بالقذف]

811 - وإذا أرسل الرجلُ عبده بكلام القذف (22) الى رجل ؛ كان الحد على السيد ، ولا شيء على العبد ، إذا ثبت أن السيد أرسله بذلك ، وإن لم يثبت ؛ فالحد على العبد .

وكذلك إذا أرسل بذلك حرا .

وإن قال له : امض فاقذف فلانا ، فمضى فقذفه ؛ فالحد على السيد والعبد جميعا .

وإن أمر بذلك حرا ؛ فالحد على المأمور خاصة (23) .

(22) القذف أصله : الرمي بالحجارة ، واستعمل في الرمي بالكاره عرفا ، وسماه الله تعالى في القرآن رميا ففاز تعالى « والذين يرمون المحصنات » النور : 4 . ويسمى فرية من الافتراء وهو الكذب شرعا (حجازي على الأمير : 391/2)

(23) مقدار حد القذف ثمانون جلدة للحر والمحر ، وأربعون للعبد والأمة (قوانين الاحكام : 263) .

باب أحكام المرأة (*)

[المسح على الظفائر]

812 - قال محمد : من أحكام المرأة في باب الوضوء : أنها تمسح على ظفائرها ، ولا يجوز لها المسح على خمارها (1) .

[أذان المرأة وإقامتها]

813 - ومن أحكام المرأة في باب الصلاة : أنها لا أذان عليها (2) ، ولا إقامة ، وإن أقامت فحسن (3) .

[إمامة المرأة]

814 - ومن حكمها : أن لا تؤم نساء ولا رجالا (4) ، ولا تؤذن .

(*) يذكر ابن حارث في هذا الباب أحكاما في العبادات والمعاملات تتعلق بالمرأة وما يجوز لها وما لا يجوز من الإمامة والأذان والإقامة والشهادة والصوم والحج والدية ... الخ . وقد ذكر بعضها في الأبواب السابقة .
(1) قال مالك : « المرأة في مسح الرأس مثل الرجل ، تمسح على رأسها كله ، وإن كان معذوبا . فلتمسح على ظفرها ، ولا تمسح على خمارها ولا على غيره » .

وقال في التي تمسح على خمارها : « لأنها تعبد الوضوء والصلاة » . (الملونة : 16/1) .

(2) يحرم على المرأة الأذان على أحد دوين ، ثانيهما أنه مكروه (العزبة : 147)

(3) الإقامة في حق المرأة إذا صلت وحدها مستحبة سرا ، وإذا صلت مع رجال تكتفي بإقامتهم ، ولا تكون هي المفيمة لهم لأن صوتها عورة (ن ، م : 155) .

(4) من شروط الإمام الذكورة - قال ابن أبي زيد « لا تؤم المرأة في فريضة ولا نافلة لا رجالا ولا نساء » (الفواكه الدواني : 207/1)

[عقد المرأة النكاح]

815 - ولا تعقد نكاحا إلا على رجل ، وأما على بضع امرأة فلا يجوز ذلك (5) .

[مكان المرأة في صلاة الجماعة]

816 - ومن حكمها في صلاة الجماعة : أن تكون من وراء صفوف الرجال ،

وإن لم يكن غيرها مع الامام ، قامت من وراء الامام ، كانت زوجة الامام (6) أو أجنبية .

[جمعة المرأة]

817 - ومن حكم المرأة : أنها لا جمعة عليها ، فإن حضرته كانت من أهلها (7) .

[قضاء المرأة الصوم]

818 - ومن حكم المرأة الحائض في رمضان : أن تقضي الصوم (8) ولا تقضي الصلاة .

= ومن صلى خلف امرأة بطلت صلاته ، ولو مع فقد رجل يؤتم به . وصلاتها هي صحيحة (ابن الحاج على ميارة : 37/2)

(5) نقل ابن رشد اتفاق الفقهاء على اشتراط الاسلام والبلوغ والذكورية في الولي الذي يعقد نكاح المرأة (بداية المجتهد : 10/2) .

(6) سئل ابن القاسم عن الرجل يصلي بامرأته المكتوبة في بيته ، قال : لا بأس بذلك . فقيل له : فأين تكون ؟ قال : خلفه (المدونة : 86/1) .

(7) للجمعة شروط وجوب منها : الذكورية ، فلا تجب الجمعة على المرأة ، ويحرم حضور الشابة التي يخشى منها الفتنة ، ويجوز للمتجالة التي لا إرب للرجال فيها (العزبة وحاشية العلوي عليها : 196)

(8) الحيض يمنع من الصوم سواء كان واجبا أو نفلا ..

وتقضي الحائض الصوم الواجب سواء حاضت قبل الفجر أو بعده انظر (الدر الثمين : 117/2) .

[خروج المرأة الى المسجد]

819 - ولا يمنع النساء من الخروج إلى المساجد . وأما إلى العيدين والاستسقاء ؛ فلا تخرج إلا كل متجالة (9) .

[رشد المرأة وتصرفها]

820 - ومنهيب مالك وأصحابه : أن البكر لا تجوز أفعالها في مالها ، وإن بلغت حتى تدخل بيتها ، ويعرف من حالها (10) .

واختلف قول مالك في البكر إذا أسنت وعنست (11) .

مرة قال : لا تجوز أفعالها .

ومرة قال : إن أجازها الولي جازت .

/قال ابن القاسم : ورأيت في مسائل عبد الرحيم عن مالك : أن أفعال المعنسة جائزة . [43 - ب]

وأصل القول في المرأة الرشيدة البالغ التي لا زوج لها : إن حكمها حكم الرجل في ماله ووجوه المعاملات وأسباب المداينات .

وحكم ذات الزوج في بيعها وشرائها وإقرارها وجميع فعلها الذي هو من باب النظر في مالها ، جائز على زوجها .

(9) قال صلى الله عليه وسلم : « لتخرج العواتق ذوات الخدور ، أو العواتق وذوات الخدور ، والحيض ، فيشهدن الخير ودعوة المسلمين ، ويعتزل الحيض المصلى ، فقلت : الحائض ؟ فقالت : أو ليس تشهد عرفة وتشهد كذا وتشهد كذا » (البخاري ، باب تضي الحائض الناسك كلها إلا الطواف بالبيت : 196/2) .

(10) البكر ذات الاب اختلف الفقهاء في الحد الذي تخرج به من ولاية أبيها على أقوال ذكر منها ابن حارث : أنها تخرج بالزواج ، والشهادة على صلاح حالها ، وهو المشهور .

وقيل : إنها تخرج من ولايته بالحيض ، وقيل : إنها تخرج بمرور عام ونحوه على الدخول بها ، وقيل : تخرج بالتعنيس ، وقيل غير ذلك (مواهب الجليل : 67/5)

(11) اختلف في حد التعنيس قليل : أربعون سنة ، وقيل : من خمسين إلى ستين (ن ، م) .

وما كان من فعلها الداخل في باب المعروف مثل العتق المبطل (12)، والعطايا، والكفارات، وما أشبه ذلك، إنما يجوز منه ما كان مثل الثلث فأقل، فإذا جاوزت بفعلها الثلث، ففي ذلك اختلاف بين رواة مالك :

فابن القاسم يقول وأراه يروي عن مالك : إنها إن تجاوزت الثلث بطل جميع الفعل، فلم يصح منه إلا مقدار الثلث، ولا الزيادة عليه.

والمغيرة وابن الماجشون يقولان : يجوز الثلث، ويبطل ما زاد على ذلك كحكم المريض سواء.

قال ابن الماجشون : حاشا العتق، فإنها إذا زادت فيها على الثلث، بطل جميعه لأن العتق لا يتبعض.

[حج المرأة]

821 - ومن حكم المرأة : أن فريضة الحج واجبة عليها لا يمنع منها زوجها (13).

وحكم المرأة في الاحرام : كشف وجهها ويديها لا غير هو إحرامها، ولا يجب عليها نبد المخيط كما يجب على الرجل، ولكن تلبسه وتكشف وجهها (14).

وحكمها عند الحلاق أن تقصر ولا تحلق، تقصيرا عاما، ينال قصير الشعر وطويله (15).

(12) العتق المبطل : الذي جعله المعتق من الآن.

(13) شروط وجوب الحج أربعة : الحرية والبلوغ والعقل والاستطاعة، فإذا توفرت هذه الشروط لدى الرجل أو المرأة وجب الحج.

(14) إحرام المرأة في وجهها وكفيها فقط فيحرم عليها ستر وجهها أو بعضه، ولو بخمار أو منديل، إلا إذا ظنت الفتنة بها، فيجب الستر بلا غرز للساتر بآبرة وبلا ربط له برأسها كالبرقع بل تسدل الساتر على وجهها، أو تجعله كاللثام وتلقي طرفيه على رأسها انظر (الشرح الصغير والصاوي : 75/2).

(15) قص المرأة عند الحلاق بعد رمي جمرة العقبة وبعد النحر من جميع شعرها قدر الأغلة من الأصبع، ولا يجزئها قصير بعضه عند المالكية. ولا يجوز لها الحلق لأنه مثله في حقها (الشرح الصغير : 59/2، 60).

[شهادة المرأة]

822 - ومن حكم المرأة : ألا تجوز شهادتها على الانفراد في شيء من الأشياء (16) .

وتجوز شهادة امرأتين في الولادة والاستهلال ، لأن ذلك أمر لا يحضره الرجال (17) .

قال سحنون : وإنما ذلك إذا بقي جسد المولود ، وأما إن غاب لم تجز ، لأنها حينئذ شهادة على نسبه .

ولا تجوز شهادة النساء في الحدود ، ولا النكاح ، ولا الطلاق ، ولا العتاق ، ولا الأنساب ، ولا الولاء ، ولا تجوز إلا في الأموال خاصة (18) .

قال عبد الملك وسحنون : انظر فحيثما جرى حكم اليمين مع الشاهد ، جازت فيه شهادة النساء (19) ، وحيث تسقط اليمين والشاهد سقطت فيه شهادة النساء .

وهذا أصل تناقض فيه كلام ابن القاسم .

وقال ابن القاسم في شهادة الامراتين في الرضاع : إذا فشا ذلك وعرف من قولها من قبل ، فإن لم يفش فلا يجوز .

قال ابن حبيب : أصحاب مالك مجمعون على أنه يفرق بينهما وإن لم يكن ذلك فاشيا قبل ذلك من قولها .

(16) هناك مواطن تقبل فيها شهادة امرأة واحدة مع اليمين ، ومواطن يقبل فيها خبر المرأة على انفراد ، انظرها في (تبصرة ابن فرحون : 296/1)

(17) في ذلك تفصيل أورده ابن فرحون في (ن . م : 294/1 وما بعدها)

(18) تجوز شهادة امرأتين مع رجل أو امرأتين مع يمين المدعي في الأموال وحقوقها مثل الآجال والخيار والشفعة والاجارة والحبس والوكالة بطلب المال ، وغير ذلك (ن . م : 276)

(19) قال ابن فرحون : « أما القضاء بامراتين ويمين فيجري المدعى فيها يجري فيه الشاهد واليمين من الأموال ... وكذا الوراثة ، كما لو ولدت امرأة ثم ماتت هي وولدها فشهدت امرأتان أن الأم ماتت قبل ولدها ، فإن الأب يحلف أو ورثته على ذلك ويستحقون ما يرث عن أمه ، لأنه أهل صارخا (ن . م : 271/1) .

823 - ومن حكم المرأة : أنها تعاقب الرجل الى مبلغ ثلث الدية ، فإذا بلغت ذلك لم تستكمل ، ورجعت الى حكم ديتها ، وديتها نصف دية الرجل (20) .

بشهادة امرأتين فما زاد ولو الى مائة امرأة حكم شاهد واحد .

[اقرار المرأة بالنكاح]

824 - ولا يجوز اقرار المرأة للرجل بالنكاح إلا أن يكونا طارئيين .

[سهم المرأة من الغنائم]

825 - ولا حق للمرأة في السهمان وإن حضرت وقاتلت (21) .

(20) تعاقب المرأة الحرة الرجل في جراحها ما بلغت ثلث ديته أو ساوته ، فإن تجاوزت ذلك ردت الى قياس ديتها . وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « تعاقب المرأة الرجل الى ثلث الدية » وهذا نص في هذه المسألة (جواهر ابن شاس : 105) .

(21) لا يسهم للمرأة ، وإن قاتلت على المشهور ، لما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسهم لعبد ولا امرأة ، لأنها ليسا من أهل الجهاد » مسلم (انظر الفواكه الدواني : 418/1) .

باب أحكام الذمي (*)

[الحكم على الذمي عند النزاع]

826 - قال محمد : أصل مذهب مالك وجميع الرواة من أصحابه : إذا كانت خصومة بين مسلم وذمي ، أن الحكم بينهما حكم الاسلام .

وإذا كانا ذميين جميعا ، حكم بينهما الحكم بحكم الاسلام في باب التظالم ، مثل الغصب والتعدي وجحد الحقوق .

وإن تخاصما في غير ذلك مما يوجبونه بديانتهم ويدعوناه في شرائعهم ، لم ينظر بينهم/وردوا الى أهل دينهم ، الا أن يتراضوا بالحكم بينهم فيحكم بينهم بحكم الاسلام [44-أ] (1) .

[حلف الذمي]

827 - ومن الحكم في الذمي :

أنه لا يدخل المساجد ،

(*) أهل الذمة : أهل العهد ، وهم الذين يؤدون الجزية من المشركين (اللسان : نعم) . يذكر المؤلف في هذا الباب احكاما تتعلق بالذمي ، مثل : نزاعه مع مسلم - حليفه - إسلامه دون زوجته أو قبلها والعكس - معاملاته - وصيته ...

(1) انظر باب الأفضية أعلاه الفقرة : 596 ص 325 .

(2) قال ابن فرحون : « يحلف غير المسلمين حيث يعظمون من كنائسهم ومواضع عباداتهم ، ويرسل القاضي في ذلك رسولا يحلفهم بالله .. » .

وأنه إذا وجب عليه اليمين حلف بالله لا غير، حيث يعظمون من كنائسهم (2) .

[ضمان ما أتلّف الذمي]

828 - ومن تعدى على ذمي ، فكسر له خمرا ، أو قتل له خنزيرا ، وجب عليه قيمة ذلك (3) .

[إسلام عبد الذمي]

829 - وإذا أسلم عبد الذمي بيع عليه ، وإذا أسلمت أم ولده عتقت عليه .

وقد كان مالك يقول : توقف ، ثم رجع الى انها تعتق عليه ، إلا أن يسلم الذمي قبل أن تعتق .

وإذا أسلم مدبره ، أو معلقه الى أجل : فإنها يؤجران ولا يعتقان .

[اسلام الذمي المتزوج]

830 - وإذا أسلم الذمي لم يكن لزوجه خيار ، وبقيت تحته يحبسها اذا كانت كتابية (4) ، وكان أولادها الصغار مسلمين بإسلام أبيهم ، كما فسرت من قبل (5) .

فإن كان مجوسيا انحل النكاح بينه وبين زوجته المجوسية ، إلا أن تسلم المرأة بقرب إسلام الزوج .

= قال ابن القاسم : لا يزداد على أهل الكتاب : الذي أنزل التوراة والانجيل .

وروى الواقدي عن مالك أنه يزداد على اليهودي : الذي أنزل التوراة على موسى ، وعلى النصراني الذي أنزل الانجيل على عيسى (تبصرة ابن فرحون : 184/1)

(3) تغرم قيمة الخمر والخنزير إن أتلّفت للذمي ، والا رد عينها . وإن سرقت منه الخمر أو سرق الخنزير ، فلا قطع لأن المسروق غير محترم (الشرح الصغير : 474/4) .

(4) وإذا أصاب زوجته الكتابية بعد إسلامه فإنه يتحصن (الشرح الصغير : 457/4) .

(5) في باب أحكام النكاح الفقرة 297 [إسلام الزوج قبل زوجته] .

وقد قال بعض أصحاب مالك : إن أسلم في عدتها : فهو أحق بها ، مثل إذا أسلمت هي من قبل .

[إسلام الذمية]

831 - وإن أسلمت الذمية ولم يسلم زوجها ، فإنه إن أسلم الزوج كان أحق بزوجه ، ما دامت في العدة ، فإذا انقضت العدة ، فلا سبيل له إليها ، كإنا كنا كتايين أو مجوسيين .

[عتق الذمي وتديبر]

832 - وإذا اعتنق الذمي عبده الذمي (6) ، أو كاتبه ، ثم أراد الرجوع عن ذلك لم يعرض له فيه ،

فإن أسلم الذمي من قبل رجوعه ، والعبد في يده وأبى من تنفيذ العتق ، وذكر أن ذلك الفعل لم يكن التزمه : فالعتق باطل لبقاء العبد في يده .

وأما التدبير فهو جائز عليه ، لأن حكم المدبر أن يكون في يد سيده يخدمه ، فهو عليه نافذ ، إلا أن يكون رجع عن ذلك رجوعاً ظاهراً فلا يلزمه .

[خروج أهل الذمة]

833 - وإذا خرج أهل الذمة من غير ظلم ركبوا به ، حلوا واسترقوا (7) .

وإن ركبوا بظلم وعنف عليهم ، لم يسترقوا .

(6) إذا اعتنق الذمي شركاً له في عبد ذمي لم يلزمه ابن القاسم بقيمة حفظ شريكه ، وإنما يلزم بذلك إذا كان العبد مسلماً أو كان الشريكان مسلمين ، ولو كان العبد ذمياً ، وأولى إذا كان الثلاثة مسلمين (التاج والاكلیل : 337/6)
(7) قال السعدي : « ينتقض عهدهم بالقتال ، ومنع الجزية ، والتمرد على الأحكام ، وإكراه المسلمة على الزنا .. والتطلع على عورات المسلمين ولتعريضهم بالنم للرسول عليه الصلاة والسلام أو لغيره من الأنبياء ، ويقتل إلا أن يسلم » انظر (تذكرة الأحكام في الأحكام : 8 ب مخ دار الكتب الوطنية بتونس : 18520) .
وقد فصل المواق الأمور التي ينتقض بها عهد أهل الذمة في (التاج والاكلیل : 385/3)
والمراد بالخروج والركوب في كلام المصنف : العصيان والخروج عن الطاعة .

قال اشهب : لا يسترقون البتة ، وإذا ظفر بهم صرفوا الى ذمتهم .

[شراء الذمي عبدا مسلما]

834 - وإذا اشترى الذمي عبدا مسلما : بيع عليه ، ولم يَنْقُضْ فيه شراؤه ، هكذا قول ابن القاسم .

وقال المغيرة وعبد الملك واشهب وسحنون : يفسخ فيه البيع .

قال سحنون : وَيُقَنَّنُ (8) رأس البائع أسواط .

[بيع الذمي خرا لمسلم]

835 - وإذا باع الذمي خرا من مسلم : هريفت على المسلم ، وأخذ الثمن من النصراني ، وتصدق به عليه أدبا له .

[معاملات الذمي قبل إسلامه]

836 - وإذا تعامل الذميان في ربا ثم أسلما ، قال : يترادان رؤوس الأموال ، إذا لم يتقابضا حتى أسلما .

وإذا أسلم أحدهما ، وقد تعامل في سلم في خمر أو خنازير ، فمن أسلم منهما من البائع أو المشتري : وجب بإسلامه فسخ ما تعاقداه من ذلك ، ورد رأس المال ، لأنه حكم بين نصراني ومسلم ، يحكم فيه بحكم الاسلام .
وهذه مسألة ترجح فيها جواب مالك ، ومذهب ابن القاسم هو الذي حكته .

[شراء أهل الذمة بعضهم بعضا]

837 - ولا يمكن أهل الذمة من أن يشتري بعضهم بعضا للعداوة التي بينهم (9) .
وكذلك لا يرث بعضهم بعضا .

(8) قَنَّنَ رأسه بالسيف والسط والعصا : غشاه به (أقرب الموارد : قنع) .

(9) قال السعدي : لا يباع عبد نصراني ليهودي ولا عبد يهودي لنصراني (تذكرة الحكام : 10 أ)

[زنى الذمي]

838 - وإذا زنى الذمي بالمسلمة طائعة ؛ نكل وأدب (10) .

وان زنى بها مكرهة ؛ قتل ، فكان ذلك من فعله نقضا للعهد والذمة .

وقال ربيعة ؛ اذا زنى بها طائعة ، إنه يقتل لانه نقض للعهد .

[قضاء دين الذمي بعد موته]

839 - وإذا مات الذمي وعليه دين لمسلم ، وترك خيرا ، لم يعرض لها ولم يكلف الورثة بيعها ، فإن باعوها طائعين وقضى منها ، أخذ منهم وقضى منه الدين .
هكذا حكى العتبي في كتابه المستخرج من الأسمعة عن سحنون .

وذكر عبد الملك بن حبيب عن مطرف/بن عبد الله ؛ أن السلطان بأمر الوصي ، أو [44-ب] الورثة بالبيع ، وأن يفضوا المسلم حقه .

[وصية الذمي]

840 - وجائز أن يوصي الذمي الى الذمي (11) .

ولا يجوز أن يوصي الى حربي ولا الى مستأمن (12) .

وجائز للذمي ان يوصي الى مسلم .

(10) لا يدام على الذمي الحد برجه اذا زنى بالمسلمة الطائعة ، لان الرجم لا يكون الا للمحصن الذي يشترط فيه ان يكون حرا مسلما مكلفا ، فان اختل شرط لم يكن محصنا ولم يرجم (الشرح الصغير : 4/455) .
(11) لابن الداسم في العتبية في نصرائي اوصى بجميع ماله للكنيسة ولا وارث له ، قال : يدفع الى اساقفتهم ثلث ماله وثلث ماله للمسلمين (مواهب الجليل : 6/365)
والأسقف ؛ رئيس النصارى في الدين ، أعجمي تكلمت به العرب ولا نظير له إلا أسرب . والجمع أساقف واساقفة (اللسان : سدف) .
(12) قال الخطاب ؛ ظاهر كلامهم ان وصية الكافر تصح للكافر مطلقا ، ذميا أو حريبا ولم أر من صرح به (دم)

وجائز للمسلم ان قبلها اذا لم يكن في تركته الخمر والخنازير (13) .

قال أشهب : لا بأس أن قبلها المسلم ، ولا يكون اليه شيء من النظر في الخمر والخنازير .

[غنم الذمي]

841 - إذا غنم إلذمي من أدي الشرك ، قد كان سباً : ما قبل ، فانه . د !! ذمته .

وإن أسلموا عليه كان عبدا لهم .

[دية الذمي]

842 - ودية الذمي الكتابي على النصف من ديات المسلمين (14) .

ودية نساءهم على النصف من ديات نساء المسلمين (14) .

وأما دية المجوسي فشاةمائة درهم (14) .

[لا زكاة على الذمي]

843 - ولا تؤخذ من الذمي ، في زرعه ، ولا نخله ، ولا ماله العين ، زكاة .

[جزية الذمي]

844 - ومن حكمهم : أنه لا يضرب على نسائهم ، ولا على عبيدهم جزية (15) ، ولا

(13) انما صحت وصية الكافر للمسلم لانه حر مالك مميز ، فان أوصى لمسلم بما لا يصح ملكه من خمر ونحوه لم تصح ، فان أوصى بذلك لكافر صحت وصيته لانه أوصى بها لمن يصح ملكه لها (ن م)

(14) جاء في المدونة : أن دية اليهودي والنصراني نصف دية المسلم ، وان دية نسائهم على النصف من دية رجالهم ودية المجوسي ثاةمائة درهم والمجوسية أربعائة درهم .

وقال ابن شاس : المعاهد كالذمي ، ودية نساء كل جنس على النصف من دية رجالهم (مواهب الجليل : 257/6)

(15) اوضح العلماء المحكمة من فرض الجزية على اهل الذمة فقالوا : « ان الذل الذي يلحقهم يحملهم على »

على صبيانهم حتى يبلغوا (16) .

[تعشير تجارة الذمي]

845 - وحكم الذمي اذا تجر الى غير البلد الذي هو به : ان يؤخذ منه العشر من ثمن ما يبيعه ، وإن لم يبيع فلا شيء عليه .

[حقوق الذمي إذا أسلم]

846 - وإذا أسلم الذمي حطت عنه الجزية (17) ، ولولم يبق من عامه إلا يوم واحد .

وإذا أسلم الذمي ، وكان من أهل الصلح : فهو أحق بأرضه وماله .

وإذا كان من أهل العنوة : أحرز بإسلامه نفسه ، ولا شيء له في أرضه ولا في ماله .

انتهى بحمد الله وعونه صلى الله على سيدنا محمد وآله .

من نسخة فيها بعض تصحيف ، قال ناسخها : إنه كتبها من نسخة قديمة كتبت سنة 586 .

الدخول في الاسلام مع ما في مخالطة المسلمين من الاطلاع على محاسن الاسلام .
والاصل في الجزية قوله تعالى « .. حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون » التوبة : 29 .
وهناك خلاف في سنة مشروعتها : قيل هي سنة ثمان للهجرة وقيل سنة تسع للهجرة (مواهب الجليل : 380/3)
(16) أوضح المواق الكلام عن تؤخذ منهم الجزية عند شرحه لقول خليل « عقد الجزية اذن الامام لكافر صح سبأؤه حر قادر مخالط لم يعقده مسلم .. » (التاج والاكلیل : 380/3 - 384) .
(17) إذا أسلم الذمي وجب الكف عنه لعصمة دمه وماله بالاسلام (الفواكه الدواني : 411/1)
قال ابن الحاجب وغيره : إن الجزية تسقط عن الذمي بإسلامه ولو كانت في ذمته سنين متعددة (مواهب الجليل : 382/3) .

كشف موجز بتراجم الأئمة الأعلام الوارد ذكرهم في كتاب أصول الفيتا*

- أبو إسحاق البرقي :
إبراهيم بن عبد الرحمن البرقي المصري أبو إسحاق (ت 245) . روى عن أشهب وأبن وهب ، وأخذ عنه أهل مصر . وله مجالس رواها عن أشهب حملت عنه .
(حسن المحاضرة : 447/1 ؛ الديباج : 259/1)
- أشهب
أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي أبو عمرو العامري (145 - 204 بمصر) فقيه ثبت ورع . انتهت إليه زعامة المذهب بعد ابن القاسم . صاحب مالكا ، وروى عن الليث والفضيل بن عياض . وأخذ عنه بنو عبد الحكم والحارث بن مسكين وسحنون وجماعة . وخرج له أصحاب السنن .
- (الانتقاء لابن عبد البر : 51 ؛ تهذيب التهذيب : 359/1 ؛ طبقات الفقهاء : 150 ؛ المدارك : 262/2 ؛ وفيات الأعيان : 2381)
- أصبغ
أصبغ بن الفرّج بن سعيد بن نافع أبو عبد الله المصري (بعد 150 - 225) . رحل إلى المدينة للسماح من مالك فلم يدركه . وصحب ابن القاسم وابن وهب وأشهب وتفقه بهم . وكان صدوقا ثقة ، وعليه تفقه ابن المواز وابن حبيب وابن مزين وغيرهم .
- (تهذيب التهذيب : 361/1 ؛ حسن المحاضرة : 308/1 ؛ الديباج : 299/1 ؛ المدارك : 17/4 .

* تواريخ الولادات والوفيات هجرية .
* لم نعتبر في ترتيب هذا الفهرس الكلمات : ابن ، أبو ، ابن أبي ، الواردة في الكنى والألقاب .

- الأوزاعي :

أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو بن محمد الأوزاعي (188 بعلبك - 157 بيروت) إمام الشام في الفقه والزهد . كانت القنبا بالأندلس تدور على رأيه إلى عهد الحكم بن هشام . له كتاب السنن وكتاب المسائل . (حلية الأولياء : 135/6 ؛ فهرست ابن النديم : 227/1 ؛ تهذيب التهذيب : 238/6 ؛ شذرات الذهب : 241/1 ؛ وفيات الأعيان : 127/3)

- جبلة :

جبلة بن حمود بن عبد الرحمن الصديقي أبو يوسف (120 - 299) من أهل إفريقية . أسلم جده على يد عثمان بن عفان رضي الله عنه . سمع من سحنون وأبي إسحاق البرقي وغيرهما من المصريين والإفريقيين . وروى عن سحنون المدونة . كان من أهل الخير والعبادة والزهد . (الديباج : 323/1 ؛ طبقات الحشني : 143 ؛ معالم الإيمان : 183/2)

- ابن أبي حازم :

عبد العزيز بن أبي حازم مولى أسلم أبو تمام . (107 - 182) تفقه مع مالك على ابن هرمز ، وسمع أباه وزيد بن أسلم ومالكا . وكان من جلة أصحابه . وثقه ابن معين . (الانتقاء : 55 ؛ طبقات الفقهاء للشرازي : 146 ؛ المدارك : 9/3)

- ابن حبيب :

عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون بن جناهمة بن عباس بن مرداس السلمي أبو مروان الأندلسي (ت 238 وقيل : 239) أخذ عن الماجشون ومطرف وغيرهما . تولى الإفتاء بقرطبة ، وأنفرد بالرياسة بعد وفاة يحيى بن يحيى . من تأليفه إعراب القرآن والفرائض والجامع والرقائب . (تاريخ العلماء والرواة لابن القرضي : 312/1 ؛ تذكرة الحفاظ : 117/2 ؛ جذوة المقتبس : 263 ؛ الديباج : 8/2 ؛ ميزان الاعتدال : 148/2)

- الحسن بن زيد :

الحسن بن زيد بن الحسن بن علي بن أبي طالب الهاشمي أبو محمد المدني والد السيدة نفيسة (168 عن 85 سنة) روى عن أبيه وابن عمه عبد الله بن الحسن وعكرمة وغيرهم ، وعنه ابن أبي ذئب وابن إسحاق ومالك وابن أبي الزناد ، ثقة . ولاء المنصور المدينة خمس سنين . أخرج له النسائي . (تهذيب التهذيب : 279/2 ؛ ميزان الاعتدال : 492/1)

- حسين بن عاصم :

حسين بن عاصم أبو الوليد الثقفي (208 على مارجحه عياض) من فقهاء قرطبة . سمع من أبي القاسم وأشهب وابن وهب ومطرف وابن نافع وغيرهم . أدخل العتيبي سماعه في المستخرجة . (المدارك : 120/4 - 121)

- الدمياطي :

عبد الرحمان بن أبي جعفر (- 226) روى عن مالك ، وأسند إليه وسمع من أكابر أصحابه كابن القاسم وابن وهب وأشهب . له سماع عنهم مختصر رواه عنه يحيى بن عمر وغيره . وكتبه معروفة باسمه الدمياطية . (المدارك : 375/3)

- ابن أبي ذئب :
 محمد بن عبد الرحمن بن المغيرة بن أبي ذئب القرشي من بني عامر بن لؤي أبو الحارث (- 158 أو 159 بالكوفة) تابعي فقيه تولى القضاء وكان يفتي بالمدينة .
 (تهذيب التهذيب : 303/9 ؛ الفهرست : 225/1 ؛ النجوم الزاهرة : 35/2 ؛ هدية العارفين : 7/2)

- ربيعة :
 ربيعة بن عبد الرحمن فروخ التميمي المدني صاحب الرأي (- 136) مولى آل المنكدر أبو عثمان . شيخ الإمام مالك . فقيه عالم حافظ للفقه والحديث .
 (إسعاف المبطأ : 9 ؛ التمهيد لابن عبد البر : 1/3 ؛ التحفة اللطيفة للسخاوي : 64/2 ؛ تذكرة الحفاظ : 142/1 ؛ تهذيب التهذيب : 258/3 ؛ مشاهير علماء الأمصار : 81)

- ابن زياد :
 أحمد بن أحمد بن زياد الفارسي أبو جعفر (243 - 319 أو 316) فقيه ، صاحب نظر لا يرى التقليد . شاعر لغوي ، صاحب ابن عبدوس وابن سلام ومحمد بن تميم القفصي وأبا جعفر الأربلي وغيرهم . وكان يكتب السجلات لابن مسكين القاضي . سمع منه ابن حارث وأحمد بن حزم وأبو العرب وغيرهم . كان عالما بالوثائق ، ثقة . له أحكام القرآن . وموقيت الصلاة .
 (المدارك : 114/5)

- ابن زياد :
 علي بن زياد أبو حسن (- 183) قبره معروف بساحة القصة بخاضرة تونس . من أهل تونس . كان ثقة . مأمونا . فقيها ، متعبدا بارعا في الفقه . سمع من مالك بن أنس وسفيان الثوري والليث بن سعد وابن لهيعة وغيرهم . وسمع عنه البهلول بن راشد . وسحنون وأسد بن الفرات .
 (طبقات أبي العرب : 251)

- أبو زيد بن أبي الغمر :
 عبد الرحمن بن عمر بن أبي الغمر مولى بني سهم أبو زيد (160 - 234) أخذ عن ابن القاسم وابن وهب وغيرهما . وأخرج عنه البخاري في صحيحه . وكان فقيها ثقة مفتيا .
 (تهذيب التهذيب : 249/6 ؛ الديباج : 472/1)

- ابن عباس :
 عبد الله بن عباس القرشي الهاشمي المكي (- 70 بالطائف عن واحد وسبعين سنة) حبر الأمة ورجل القرآن روى عن الرسول ﷺ . وأخرج له الشيخان كثيرا .
 (الرياض المستطابة للعامري : 198)

- سحنون :
 سحنون بن سعيد بن حبيب أبو سعيد عبد السلام التنوخي القيرواني (- 240 بالقيروان وقبره معروف بها) حافظ عابد إمام . أخذ عن أئمة من أهل المشرق والمغرب . وغنه كثير . منهم : ابنه محمد وابن عبدوس وبخمي بن عمر . أخذ المدونة عن ابن القاسم فكان عليها المعول ومال الناس إليها . ولي القضاء سنة 234 .
 (الديباج : 30/2 ؛ رياض النفوس : 249/1 ؛ المدارك : 45/4 ؛ مرآة الجنان : 131/2 ؛ طبقات الفقهاء : 56 ؛ الحلل السندسية : 769/1)

- **شبطون**
الراجح أنه زياد بن عبد الرحمن بن زهير بن ناشرة الأندلسي (- حوالي 193) . سمع من مالك الموطأ .
وكان أول من أدخله الأندلس متفقها بالسمع منه . كان ناسكا ورعا . امتنع من تولي القضاء .
(المدارك : 116/3)
- **ابن عبد الحكم عبد الله :**
عبد الله بن عبد الحكم بن أعين بن ليث بن رافع أبو محمد المصري (150 بالاسكندرية - 214 بالقاهرة)
فقيه حافظ نظار . من أجلة أصحاب مالك ومن رواة موطئه . انتهت رئاسة المذهب بمصر اليه بعد
أشهب . له مصنفات في الفقه .
(الانتقاء : 52 ، حسن المحاضرة : 305/1)
- **ابن عبد الحكم محمد :**
محمد بن عبد الله بن عبد الحكم أبو عبد الله المصري (182 - 268) عالم فقيه . مبرز من أهل المناظرة
والحجة ، انتهت له الرئاسة بمصر في العلم . سمع من أبيه وابن أبي فديك وأشهب وابن وهب وابن القاسم
وشعيب بن الليث وغيرهم من أصحاب مالك . وصحب الشافعي وكتب عنه وأخذ . وروى عنه
النيسابوري وعيسى بن مسكين وأبو جعفر الطبري وغيرهم . له أحكام القرآن . والوثائق والشروط . أدب
القضاة .
(الانتقاء : 113 ، تهذيب التهذيب : 260/9 ، حسن المحاضرة : 309/1 ، طبقات الشافعية للسبكي :
223/1 ، مفتاح السعادة : 155/2)
- **عبد الرحيم :**
لعله عبد الرحيم بن عبد ربه . له سماع من سحنون وكان قريبا منه في السن . سمع منه عيسى بن مسكين
وغيره . وهو من ساكني قصر رباد المرباط .
(طبقات أبي العرب : 112)
- **ابن عبدوس :**
محمد بن إبراهيم أبو عبد الله (حوالي 260 بعد سحنون بثلاث سنوات) أصله من العجم من موالى قريش .
ثقة إمام ناسك عابد متواضع . عالم بمواطن الاختلاف والإجماع لدى أهل المدينة . غزير الاستنباط . من
كبار أصحاب سحنون وأفقهم . كتابه المجموعة في الفقه على مذهب مالك وأصحابه . وله تصانيف
أخرى .
(طبقات الحشني : 133 ، رياض النفوس : 360/1 ، المدارك : 222/4 ، الديباج : 174/2)
- **العتبي :**
محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن عتبة بن جميل بن عتبة بن أبي سفيان أبو عبد الله العتبي القرطبي (- 254
أو 255) سمع من يحيى بن يحيى . ورحل فسمع من سحنون وأصبغ . اشتهر بالحفظ للمسائل والعلم
بالتوازل . له المستخرجة في الفقه التي كان عليها المعول في الأندلس .
(الديباج : 176/2 ، المدارك : 252/4)

- عيسى بن دينار
(212) رحل لسمع من ابن القاسم ، فصحه وعول عليه . عاد إلى الأندلس فأصبح مفتياً . وكان فقيهاً بارعاً ورعاً . نشر مذهب مالك بالأندلس .
(تاريخ ابن الفرضي : 373/1 ؛ جذوة المقتبس : 279 ؛ الديباج : 64/2)
- ابن عيسى :
لعله شجرة بن عيسى المعافري (167 - 262) سمع ابن زياد وابن أشرس وأباه عيسى الذي روى عن مالك والليث . ولي قضاء تونس في أيام سحنون . فكان من خير القضاة وأعدلهم .
(الديباج : 401/1)
- عيسى بن مسكين :
عيسى بن مسكين بن منصور الإفريقي . مولى قريش . سمع من سحنون وابنه جميع كتبه ومن غيرهما . كان اعتماداً على سحنون . كان فقيهاً عالماً فصيحا ورعاً مهيباً وقوراً صالحاً متفتناً في العلوم جيد الشعر . كثير الكتب في الفقه .
(المرتبة العليا : 30 ؛ الديباج : 66/2)
- ابن القاسم :
عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتيقي المصري (- 191 عن 63 سنة) كان عالماً زاهداً سخياً شجاعاً . روى عن مالك والليث وعبد العزيز بن الماجشون . ومسلم بن خالد الزنجي . وروى عنه أصبغ وسحنون وغيرهما .
(الانتقاء : 50 ؛ تهذيب التهذيب : 252/6 ؛ حسن المحاضرة : 303/1 ؛ الديباج : 465/1 ؛ شجرة الذهب : 329/1 ؛ العبر : 307/1 ؛ المدارك : 244/3)
- القطان :
موسى بن عبد الرحمن أبو الأسود المعروف بالقطان . صاحب محمد بن سحنون وسمع منه . حسن المسائل والتكلم في الرأي على مذهب مالك وأصحابه . ولي قضاء طرابلس .
(طبقات الحشني : 159)
- ابن كنانة :
أبو عمرو عثمان بن عيسى بن كنانة (186 أو 185 بمكة) من فقهاء المدينة . أخذ من مالك وغلبه الرأي ؛ وهو الذي انتصب في مجلس مالك بعد وفاته .
(الانتقاء : 55 ؛ التحفة اللطيفة : 398/3 ؛ طبقات الفقهاء للشيرازي : 146 ؛ المدارك : 21/3)
- ابن اللباد :
محمد بن اللباد بن محمد بن وشاح . مولى الأقرع مولى موسى بن نصير اللخمي (333) حافظ فقيه آخر شيوخ وقته من أصحاب يحيى بن عمر . به تفقه وأخذ عن أخيه محمد بن عمرو . وسمع من جميع شيوخ زمانه كأبي بكر بن عبد العزيز الأندلسي المعروف بابن الخراز وحبيب بن نصر . وعنه سمع جماعة من الناس . وتفقه به أبو محمد بن أبي زيد وابن حارث . وروى عنه زياد بن عبد الرحمن القروي ومحمد بن الناطور .
(الديباج : 198/2 ؛ المدارك : 286/5)

- لقمان بن يوسف :

أبو سعيد الغساني (- 319 أو 318 بتونس) قارئ بقراءة نافع ، عابد ، حافظ لمذهب مالك فقيه . لغوى محدث . كان بالقيروان . سكن صقلية ثم استوطن تونس . سمع من يحيى بن عمر وعليه اعتمد . وعيسى بن مسكين وغيرهما من أصحاب سحنون . حج وسمع بمصر كثيرا . أخذ عن علي بن عبد العزيز ويحيى بن أيوب العلاف . درس المدونة أربع عشرة سنة .
(المدارك : 296/5)

- الليث :

الليث بن سعد الفهيمي بالولاء أبو الحارث (- 175 بالقاهرة) شيخ الديار المصرية وعالمها يحسن القرآن والنحو ويحفظ الشعر والحديث وله تصانيف .
(تاريخ بغداد : 13/3 ، تذكرة الحفاظ : 201/1 ، تهذيب التهذيب : 459/8 ، حسن المحاضرة : 301/1 ، الحلية : 318/7 ، النجوم الزاهرة : 82/2)

- ابن الماجشون ، عبد العزيز :

عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون (- 164 بالعراق) من فقهاء المدينة ، ثقة . ممن يحفظ مذاهب الفقهاء بالخرميين ويفرع على أصولهم .
(تهذيب التهذيب : 343/6 ، طبقات الفقهاء : 67 ، مشاهير علماء الأمصار : 140)

- ابن الماجشون ، عبد الملك :

عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون القرشي أبو مروان (- 212 أو 214) مفتي المدينة في زمانه كان فقيها قصيحا ، روى عن مالك وعن أبيه . وبه تفقه أئمة كابن حبيب وسحنون .
(الانتقاء : 57 ، طبقات الفقهاء للشيرازي : 148 ، ميزان الاعتدال : 150/2)

- محمد بن سحنون :

محمد بن عبد السلام سحنون التنوخي أبو عبد الله (202 - 256 بالقيروان) فقيه مالكي . نظار من أهل القيروان . له رحلة إلى المشرق . من كتبه آداب المعلمين ، والتاريخ ، والحجة .
(رياض النفوس : 345/1 ، شذرات الذهب : 159/2 ، طبقات الخشني : 129 ، المدارك : 204/4)

- ابن مزين :

أبو زكرياء يحيى بن زكرياء بن إبراهيم بن مزين ، مولى رملة بنت عثمان (حوالي 259) فقيه . أصيل طليطلة ، نزل بقرطبة . روى عن عيسى بن دينار ، ورحل إلى المشرق فروي الموطأ عن مطرف وحبيب كاتب مالك . وسمع من القعني بالعراق ومن أصبح بمصر . تولى قضاء طليطلة . له تفسير الموطأ . وفضائل القرآن .

(الديباج : 361/2 ، المدارك : 238/4)

- ابن مسكين :

الحارث بن مسكين أبو عمرو بن محمد بن يوسف مولى ابن مروان (154 أو 156 - 250) فقيه محدث

ورع . سمع من ابن القاسم وابن وهب وأشهب من كبار أصحاب ابن القاسم وأشهب . ممن روى عنه أبو داود والنسائي . تولى القضاء بمصر فكان عدلا .
(الدياج : 339/1 - 340)

- ابن المسيب :

سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب القرشي المخزومي المدني (ت 93 أو 94) سيد فقهاء التابعين . من أعلم أهل زمانه بالحلال والحرام .
(إيساف البطأ : 12 ؛ تذكرة الحفاظ : 46/1 ؛ تهذيب التهذيب : 48/4)

- مطرف :

مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار أبو مصعب المدني (- 220 بالمدينة) فقيه . روى عن مالك ، وثقه الدارقطني وغيره .
(الانتقاء : 58 ؛ تهذيب التهذيب : 175/10 ؛ المدارك : 133/3)

- المغيرة المخزومي :

المغيرة بن عبد الرحمن بن الحارث المخزومي (124 - 188) أحد المفتين بالمدينة بعد مالك . خرج له البخاري . سمع أباه وابن عجلان وموسى بن عقبة . وأبا الزناد ومالكا وهشام بن عروة .
(الانتقاء : 53 ؛ طبقات الفقهاء للشيرازي : 146 ؛ المدارك : 2/3)

- ابن المواز :

محمد بن إبراهيم بن زياد الإسكندري المعروف بابن المواز (180 - 269 أو 281) كان راسخا في الفقه والفتيا . له كتاب مشهور من أمهات كتب المذهب (الموازية) . تفقه بأبن الماجشون وابن عبد الحكم واعتمد على أصبغ .
(حسن المحاضرة : 310/1 ؛ الدياج : 166/2 ؛ شجرة النور : 68/1)

- ابن نافع :

عبد الله بن نافع الصائغ أبو محمد مولى ابن مخزوم المدني (- 186) روى عن مالك وابن أبي ذئب وغيرهما وتفقه بمالك ونظرائه . كان أميا لا يكتب . وكان أحد المفتين بالمدينة ، يقدمه أهل الحديث على أصحاب مالك في الحديث والفقه . له تفسير في الموطأ . جلس مجلس مالك بعد ابن كنانة .
(طبقات الفقهاء للشيرازي : 147 ؛ المدارك : 128/3)

- ابن وهب :

عبد الله بن وهب بن مسلم أبو محمد الفهري المصري (- 197 بمصر) جمع بين الفقه والحديث والعبادة . وكان حافظا ثقة مجتهدا . ألف كتاب الجامع وغيره .
(الانتقاء : 48 ؛ المدارك : 228/3 ؛ وفيات : 36/3)

- يحيى بن عمر :

يحيى بن عمر بن يوسف بن عامر الكنافي الأندلسي (213 - 289) فقيه ثقة ضابط . سكن القيروان ثم استوطن سوسة . وبها قبر . أخذ عن ابن حبيب وسمع من سحنون ومن أصحاب ابن وهب وابن القاسم وأشهب . ألف كتبا كثيرة منها الرد على الإمام الشافعي .

(بغية الملتمس : 490 ؛ جذوة المقتبس : 354 ؛ رياض النفوس : 296/1 ؛ الديباج : 354/2 ؛ طبقات الخشني : 134)

- يونس بن عبد الأعلى :

ذكره الخشني في ترجمة أبي العباس عبد الله بن أحمد بن أبي طالب . وأشار أن الأخير لما حجّ لقي يونس ابن عبد الأعلى كما لقي ابن عبد الحكم .
(طبقات الخشني : 136) ولم نهند إلى ترجمة خاصة له .

فهرس الآيات .

- « أربعة أشهر وعشرا » 202/335
- « ففدية من صيام أو صدقة أو نسك » 92/ 91
- « فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر » 272/467
- « ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الأنعام » 89/ 87
- « هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما » 79/ 74
- « واذكروا الله في أيام معدودات فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه ومن تأخر فلا إثم عليه لمن اتقى » 89/ 87

فهرس الأحاديث .

- « أن رسول الله جمع بين الظهر والعصر ، والمغرب والعشاء في غير سفر ولا خوف » 66/ 45
- « أن رسول الله نهى عن الاستنجاء بالروث والحمة والجلد والعظم » 54/ 18
- « أنه استقرض أربعة أبعرة ، فردّ ثمانية » 123/158
- « خرجنا مع النبي ﷺ فحال كفّار قريش دون البيت فنحر النبي هداياه وحلق وقصر أصحابه » 91/ 89
- « حلق وقصر أصحابه »
- « كنّا مع رسول الله ﷺ بالقاحه ومنا المحرم ومنا غير المحرم فرأيت أصحابي يترءون شيئا فشيئا . فنظرت فإذا حمار وحش ... فقال : كلوه حلالا 81/ 73
- « الفأرة ، والعقرب ، والغراب ، والحدأة ، والكلب العقور » 82/ 75
- « المسلمون عند شروطهم إلا شربا أحلّ حراما أو حرّم حلالا » 376/700
- « لا ينبغي لأحد أن يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة » 226/391

« محتوى الفهرسين خصوص الآيات والأحاديث الواردة في أصل الكتاب نصّا أو إشارة والأرقام التي على اليمين تشير إلى فقرات الكتاب والتي على الشمال لصفحاته .

فهرس الأعلام *

- أ -

320 ، 335 ، 336 ، 341 ، 342 ، 344 ،
360 ، 382 ، 383 ، 394 ، 410 ، 412 ،
413 ، 421 ، 434 ، 436 .

أبو إبراهيم المازني :
194 .

أصبع = أصبع بن الفرع :
55 ، 110 ، 128 ، 136 ، 148 ، 237 ،
293 ، 337 ، 357 ، 360 ، 409 .

أحمد بن زياد :
300 .

الأوزاعي :
313 .

أبو اسحاق البرقي :
176 .

أبو اسحاق العزفي :
52 ، 54 .

- ب -

ابن أبي بسرة :
286 ، 287 .

أبو بكر محمد بن عمر بن اللباد :
382 .

أشهب = أشهب بن عبد العزيز :

52 ، 53 ، 54 ، 56 ، 59 ، 61 ، 66 ،
67 ، 75 ، 78 ، 96 ، 97 ، 99 ، 110 ،
113 ، 130 ، 134 ، 137 ، 138 ، 141 ،
155 ، 176 ، 200 ، 202 ، 204 ، 207 ،
208 ، 209 ، 213 ، 216 ، 221 ، 222 ،
226 ، 230 ، 236 ، 246 ، 253 ، 261 ،
262 ، 266 ، 276 ، 277 ، 281 ، 282 ،
288 ، 291 ، 298 ، 302 ، 312 ، 315 ،

- ج -

جبل بن حمود :
140 .

* لم نعتبر في ترتيب هذا الفهرس الكلمات : ابن ، أبو ، ابن أبي، الواردة في الكنى والألقاب .

- ح -

الحارث بن مسكين :
. 382

ابن أبي حازم :
. 299

ابن حبيب = عبد الملك بن حبيب :
. 53 ، 54 ، 55 ، 58 ، 109 ، 123 ، 128 ،
. 140 ، 141 ، 149 ، 203 ، 216 ، 256 ،
. 282 ، 283 ، 286 ، 290 ، 309 ، 310 ،
. 313 ، 353 ، 369 ، 418 ، 429 ، 434 ،
. 435

الحسن بن زيد بن علي بن أبي طالب :
. 286

حسين بن عاصم :
. 344

- س -

سحنون = سحنون بن سعيد :
. 53 ، 62 ، 66 ، 69 ، 73 ، 106 ، 133 ،
. 140 ، 141 ، 143 ، 151 ، 162 ، 163 ،
. 214 ، 215 ، 220 ، 223 ، 256 ، 276 ،
. 279 ، 286 ، 290 ، 296 ، 307 ، 315 ،
. 316 ، 319 ، 329 ، 335 ، 344 ، 357 ،
. 361 ، 362 ، 365 ، 403 ، 410 ، 412 ،
. 415 ، 429 ، 434 ، 435

- ش -

شبطون :
. 276

- ع -

ابن عباس :
. 313

أبو العباس بن أبي طالب القاضي :
. 288

ابن عبد الحكم : (انظر محمد بن عبد الحكم) .
عبد الرحمن بن أبي جعفر الديماطي :
. 261

عبد الرحيم :
. 427

عبد العزيز = عبد العزيز بن الماجشون = عبد العزيز
ابن أبي سلمة الماجشون :
. 155 ، 213 ، 286 ، 287 ، 368

عبد الله بن عبد الحكم :
. 55

عبد الله بن وهب : (انظر ابن وهب)
عبد الملك بن حبيب : (انظر ابن حبيب) .

- د -

ابن دينار :
. 364

- ذ -

ابن أبي ذئب :
. 286

- ر -

ربيعة :
. 422 ، 435

- ز -

ابن الزقاق :
. 418

أبو زيد بن أبي الغمر :
. 149 ، 194

عبد الملك = عبد الملك بن عبد العزيز = عبد الملك
ابن الماجشون : (انظر ابن الماجشون) .

ابن عبدوس = محمد بن ابراهيم ابن عبدوس =
محمد بن عبدوس :

54 ، 57 ، 138 ، 143 ، 276 ، 277 ،
281 ، 300 ، 302 .

العتي = محمد :

362 ، 435 .

علي = علي بن زياد :

56 ، 62 ، 102 ، 104 ، 176 ، 349 ،
383 .

عيسى :

204 ، 357 ، 358 ، 362 .

ابن عيسى :

403 .

ابن كنانة :

57 ، 105 ، 143 ، 220 ، 222 ، 268 ،
308 ، 411 ، 415 .

- ك -

- ل -

لقمان بن يوسف :

140 ، 176 .

الليث بن سعد :

421 .

- م -

ابن الماجشون = عبد الملك = عبد الملك بن
عبد العزيز = عبد الملك بن الماجشون :

55 ، 61 ، 67 ، 73 ، 75 ، 91 ، 101 ،
105 ، 109 ، 116 ، 136 ، 140 ، 141 ،
149 ، 155 ، 199 ، 203 ، 209 ، 216 ،
221 ، 236 ، 242 ، 244 ، 255 ، 256 ،
260 ، 262 ، 267 ، 278 ، 283 ، 293 ،
302 ، 303 ، 312 ، 319 ، 334 ، 342 ،
344 ، 349 ، 353 ، 357 ، 364 ، 370 ،
403 ، 410 ، 414 ، 415 ، 418 ، 428 .

مالك = مالك بن أنس :

43 ، 44 ، 47 ، 49 ، 53 ، 54 ، 55 ،
56 ، 57 ، 59 ، 61 ، 62 ، 66 ، 67 ،
68 ، 73 ، 83 ، 90 ، 91 ، 96 ، 98 ،
102 ، 103 ، 104 ، 105 ، 106 ، 108 ،
110 ، 114 ، 123 ، 125 ، 128 ، 134 ،
136 ، 138 ، 143 ، 148 ، 152 ، 155 .

- ق -

ابن القاسم :

49 ، 52 ، 53 ، 54 ، 55 ، 56 ، 57 ،
58 ، 60 ، 61 ، 66 ، 67 ، 69 ، 75 ،
88 ، 91 ، 101 ، 105 ، 110 ، 114 ،
115 ، 116 ، 128 ، 130 ، 136 ، 140 ،
141 ، 143 ، 148 ، 149 ، 150 ، 151 ،
155 ، 158 ، 159 ، 162 ، 163 ، 164 ،
165 ، 193 ، 194 ، 197 ، 207 ، 208 ،
209 ، 210 ، 212 ، 213 ، 216 ، 218 ،
220 ، 221 ، 222 ، 225 ، 237 ، 241 ،
242 ، 243 ، 244 ، 248 ، 250 ، 251 ،
253 ، 254 ، 256 ، 260 ، 261 ، 262 ،
266 ، 267 ، 272 ، 274 ، 276 ، 281 ،
286 ، 289 ، 291 ، 295 ، 296 ، 298 ،
312 ، 319 ، 320 ، 329 ، 332 ، 335 ،
337 ، 341 ، 342 ، 344 ، 353 ، 357 .

محمد بن عبد الله بن عبد الحكم = محمد بن عبد
الحكم :

53 ، 55 ، 66 ، 194 ، 241 ، 260 ،
332 .

محمد بن عمران الطلحي :

286 ، 287 .

محمد بن المواز : (انظر محمد بن ابراهيم المواز)

ابن مزين :

337 .

ابن المسيب :

194 ، 213 .

مطرف = مطرف بن عبد الله :

55 ، 57 ، 140 ، 141 ، 203 ، 260 ،
282 ، 302 ، 341 ، 435 .

المغيرة = المغيرة الخزومي :

56 ، 73 ، 150 ، 200 ، 209 ، 215 ،
219 ، 222 ، 251 ، 310 ، 321 ، 338 ،
342 ، 357 ، 370 ، 396 ، 428 ، 434 .

موسى بن عبد الرحمن القطان :

277 ، 278 .

- ن -

ابن نافع :

75 ، 138 ، 148 ، 185 ، 220 ، 344 ،
406 ، 409 .

- و -

ابن وهب = عبد الله بن وهب :

53 ، 62 ، 66 ، 78 ، 102 ، 114 ، 138 ،
207 ، 276 ، 288 ، 290 ، 364 ، 379 ،
402 ، 418 ، 421 .

158 ، 160 ، 176 ، 185 ، 192 ، 196 ،

197 ، 202 ، 203 ، 207 ، 208 ، 213 ،

215 ، 217 ، 221 ، 222 ، 237 ، 239 ،

240 ، 249 ، 251 ، 259 ، 265 ، 270 ،

273 ، 276 ، 282 ، 286 ، 287 ، 288 ،

309 ، 317 ، 320 ، 336 ، 337 ، 338 ،

339 ، 344 ، 349 ، 353 ، 359 ، 368 ،

369 ، 372 ، 376 ، 379 ، 380 ، 383 ،

384 ، 396 ، 400 ، 402 ، 403 ، 408 ،

409 ، 412 ، 414 ، 415 ، 417 ، 419 ،

421 ، 427 ، 428 ، 431 ، 432 ، 434 .

محمد بن ابراهيم بن عيدوس : (انظر بن

عيدوس)

محمد بن ابراهيم بن المواز = محمد بن المواز :

59 ، 62 ، 110 ، 254 .

محمد = محمد بن أسد بن حارث (المؤلف) :

43 ، 47 ، 49 ، 91 ، 93 ، 95 ، 98 ،

103 ، 104 ، 106 ، 108 ، 109 ، 110 ،

112 ، 115 ، 125 ، 139 ، 140 ، 145 ،

152 ، 154 ، 156 ، 161 ، 164 ، 166 ،

173 ، 181 ، 182 ، 191 ، 193 ، 195 ،

202 ، 206 ، 207 ، 210 ، 215 ، 218 ،

220 ، 225 ، 228 ، 231 ، 235 ، 239 ،

243 ، 245 ، 249 ، 253 ، 254 ، 256 ،

257 ، 259 ، 264 ، 276 ، 277 ، 279 ،

280 ، 281 ، 288 ، 295 ، 296 ، 299 ،

305 ، 313 ، 317 ، 323 ، 331 ، 332 ،

336 ، 337 ، 339 ، 342 ، 343 ، 344 ،

346 ، 348 ، 351 ، 353 ، 357 ، 359 ،

362 ، 366 ، 367 ، 372 ، 376 ، 380 ،

384 ، 386 ، 391 ، 394 ، 397 ، 402 ،

408 ، 414 ، 417 ، 425 ، 431 .

محمد بن سحنون :

277 ، 289 ، 313 ، 357 .

- ي -

يونس بن عبد الأعلى :
288 .

يحيى بن عمر = يحيى بن عمر الاندلسي :
151 ، 176 ، 382 .

يحيى (بن يحيى الليثي) :
362 ، 365 ، 382 .

فهرس الجماعات

أهل المدينة = المدنيون :	أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم :
53 ، 286 ، 415 .	81 ، 250 .
الخوارج :	أصحاب مالك :
327 .	47 ، 55 ، 68 ، 103 ، 105 ، 125 ،
الصقالبة :	134 ، 149 ، 150 ، 152 ، 159 ، 160 ،
212 .	199 ، 202 ، 207 ، 213 ، 215 ، 222 ،
القرشيون :	231 ، 236 ، 242 ، 249 ، 259 ، 264 ،
286 .	270 ، 276 ، 279 ، 309 ، 317 ، 327 ،
الكتايبون : (انظر أهل الكتاب) .	335 ، 339 ، 344 ، 361 ، 362 ، 369 ،
المجوس :	372 ، 376 ، 380 ، 402 ، 408 ، 424 ،
334 ، 432 ، 433 .	429 ، 433 .
المحاربون = أهل الحرب :	أهل الحرب : (انظر المحاربون) :
100 ، 208 ، 327 .	أهل الذمة :
المدنيون : (انظر أهل المدينة) .	99 ، 327 ، 334 ، 431 ، 433 ، 434 .
المسلمون :	أهل الشرك = المشركون :
96 ، 98 ، 99 ، 100 ، 101 ، 109 ،	99 .
208 ، 219 ، 299 ، 302 ، 334 ، 358 ،	أهل الصلح :
403 ، 432 ، 445 .	437 .
المصريون :	أهل العنوة :
53 ، 260 .	437 .
النصارى :	أهل الكتاب = الكتايبون :
369 .	334 ، 433 .

فهرس الكتب الواردة في الأصل

أمهات ابن القاسم :	كتاب ابن القاسم :
149 ، 193 ، 209 ، 266 .	63 .
الديوان المستخرج من الأسمعة (للعتبي) :	كتاب ابن المواز :
202 ، 263 ، 332 ، 435 .	62 .
شرح مسائل يحيى :	مجموعة ابن عبدوس :
382 .	54 ، 302 .
كتاب الأصول لأصبغ :	المختصر الكبير :
358 .	55 .
كتاب ابن حبيب :	المدونة :
54 ، 55 ، 57 ، 138 ، 140 ، 290 ،	49 ، 412 .
313 .	مسائل عبد الرحيم عن مالك :
كتاب ابن عبدوس : (انظر مجموعة ابن	427 .
عبدوس) .	الموطأ :
	190 .

فهرس مراجع التحقيق

- الآبي . صالح عبد السميع الأزهرى .
جواهر الإكليل شرح مختصر خليل ، جزآن .
- الأزرقى . محمد أبو الوليد .
اخبار مكة وما جاء فيها من الآثار . تحقيق رشدي الصالح ملحق . ط . دار الأندلس ، بيروت 1969 .
جزآن .
- الأمير ، محمد .
حاشية ضوء الشموع على شرح مجموعه الفقهي في مذهب مالك . ومعه حاشية حجازي على الشرح
المذكور . ط . المطبعة البية الشرقية بمصر . 1304 هـ . جزآن .
- الباجي . سليمان ابن خلف الأندلسي .
المنتقى ، شرح موطأ إمام دار الهجرة مالك ابن أنس . مطبعة السعادة . مصر . الطبعة الأولى 1331 هـ .
7 أجزاء .
- البغدادى ، إسماعيل باشا .
هدية العارفين ، أسماء المؤلفين وآثار المصنفين . منشورات مكتبة المشى . بيروت سنة 1955 .
- البغدادى ، عبد الوهاب بن علي بن نصر (القاضي) .
الإشراف على مسائل الخلاف . مطبعة الارادة . تونس . جزآن .
- بهرام بن عبد الله أبو البقاء الدميري المالكي
منظومة بهرام فيمن يعلو بالجهل ، مخطوط دار الكتب الوطنية . تونس رقم 12338 .
- التاودي ، محمد بن سودة أبو عبد الله

حلي المعاصم لبنت فكر ابن عاصم ، شرح على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي بهامش
البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي . المكتبة التجارية الكبرى بمصر لمصطفى
محمد بمطبعة حجازي القاهرة . جزآن .

- التسولي ، علي بن عبد السلام أبو الحسن .
البهجة في شرح التحفة ، على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي ، وبهامشه حلي المعاصم
لبنت فكر ابن عاصم لأبي عبد الله محمد التاودي . مطبعة حجازي ، القاهرة . جزآن .

- ابن تغري بردي ، جمال الدين أبو المحاسن الأتابكي .
النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة ، سلسلة تراثنا . ط . مصر . 14 جزءا .

- ابن جزري ، محمد بن أحمد بن محمد بن جزري الكلبي .
التوانين الفقهية ، مكتبة الرشاد لبنان .

- جسوس ، محمد بن القاسم أبو عبد الله .
فقه الرسالة ، شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني . ط . فاس على الحجر . جزآن .

- ابن الحاج ، محمد الطالب بن حمدون أبو عبد الله .
حاشية على شرح ميارة على المرشد المعين . ط 2 الأميرية بولاق مصر 1319 .

- حجازي ، العدوي .
حاشية على شرح مجموع الامام الأمير في فقه مذهب مالك ، ومعد حاشية محمد الأمير المسماة بضوء
الشموع . ط . المطبعة البية الشرقية . مصر 1304 . جزآن .

- ابن حجر ، أحمد بن علي العسقلاني .
تهذيب التهذيب ط . أولى ، دار صادر . بيروت . 12 جزءا .
فتح الباري بشرح صحيح الامام أبي عبد الله محمد ابن اسماعيل البخاري . طبع بالمطبعة السلفية بالروضة .
13 جزءا .

- أبو الحسن ، الشاذلي المنوفي .
كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني . مع حاشية العدوي على الشرح المذكور .
الخطاب ، محمد بن محمد أبو عبد الله المغربي الأصل المكي المولد والقرار .
تحرير الكلام في مسائل الالتزام . مخطوط دار الكتب الوطنية ، تونس رقم 8237 .
مواهب الجليل لشرح مختصر أبي البقاء سيدي خليل . طبع مع التاج والإكليل . مطبعة السعادة . القاهرة .
ط . الأولى 1328 هـ . 6 أجزاء .

- الحميدي ، محمد بن فتوح بن عبد الله ، أبو عبد الله .
جدوة المقتبس في ذكر ولادة الأندلس وأسماء رواة الحديث ، وأهل الفقه والأدب وذوي النباهة والشعر .
تحقيق محمد بن تاووت الطنجي ، نشر مكتب نشر الثقافة الإسلامية . ط . القاهرة . دار السعادة .
1953 م .

- الخرشني ، محمد أبو عبد الله .
شرح العلامة الخرشني على مختصر خليل . بهامشه حاشية علي العدوي . ط . بولاق . مصر . سنة 1299 هـ .
- الخشنى ، محمد بن حارث بن أسد أبو عبد الله .
طبقات علماء الفريقية . طبع مع كتاب طبقات علماء الفريقية وتونس لأبي العرب محمد بن أحمد بن تميم التميمي ، ط . الجزائر 1332 هـ / 1914 م .
- ابن الخطيب ، لسان الدين محمد أبو عبد الله السلماني الغرناطي .
تاريخ اسبانيا الاسلامية ، تحقيق ليفي بروفنسال . ط . دار المكشوف بيروت .
- ابن خلدون ، عبد الرحمن .
المقدمة . طبعة دار المصحف مصر .
- الدردير ، أحمد بن محمد أبو البركات .
الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك . وبالهامش حاشية الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي . خرج أحاديثه وفهرسه مصطفى كمال وصفي . دار المعارف القاهرة . 1392 هـ . 4 مجلدات .
- الشرح الكبير على مختصر خليل ، مع حاشية شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي . ط . القاهرة 1301 ، أربعة أجزاء .
- ابن راشد ، محمد بن عبد الله البكري القفصي .
الفاثق في معرفة الأحكام والوثائق ، مخطوط دار الكتب الوطنية تونس رقم 18578 .
لباب الباب . ط . المطبعة التونسية تونس 1346 هـ .
- ابن رحال ، الحسن المعداني أبو علي .
حاشية على شرح مبارقة على التحفة . مطبوع بهامش الشرح المذكور . دار الفكر . جزآن .
- ابن رشد (الحفيد) ، محمد ابن أحمد أبو الوليد القرطبي .
بداية المجتهد ونهاية المقتصد . ط . مكتبة الكليات الأزهرية لحسين محمد أمباري المنيوي .
1389 هـ / 1969 م . وط . محمد علي صبيح المكتبة الجديدة . ط . الأولى . مصر . جزآن .
- ابن رشد ، محمد ابن أحمد أبو الوليد (الجد) .
المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لامهات مسائلها المشكلات . مخطوط بدار الكتب الوطنية . تونس رقم 12100 . طبع جزء منه مع المدونة . ط . الأولى المطبعة الخيرية . 1324 هـ .
- الرصاع ، محمد الأنصاري أبو عبد الله .
شرح حدود ابن عرفة ، المطبعة التونسية نهج سوق البلاط . تونس 1350 .
- الزرقاء ، مصطفى أحمد .
المدخل الفقهي العام . ط التاسعة ، مطابع ألف باء الأديب . دمشق 1967 - 1968 . ثلاثة أجزاء .

- الزرقاني ، عبد الباقي بن يوسف .
شرح العزية . مطبوع بهامش حاشية العدوي على الشرح المذكور . المطبعة الأزهرية . مصر . ط . الأولى . 1319 هـ .
- الزرقاني ، محمد بن عبد الباقي بن يوسف أبو عبد الله .
شرح موطأ الامام مالك . ط . الحلبي ، ط . أولى 1381 هـ / 1961 م . 4 أجزاء .
- الزركلي ، خير الدين .
الأعلام ، قاموس تراجم . ط . الثالثة 1389 . أحد عشر جزءا وملحق .
- زروق ، أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي الفاسي .
شرح رسالة ابن أبي زيد . طبع مع شرح ناحي على الرسالة . مطبعة الجالية مصر . 1332 هـ / 1914 م . جزآن .
- ابن أبي زيد . القيرواني عبد الله .
النوادر والزيادات . مخطوط بدار الكتب الوطنية . تونس رقم 5730 .
- سحنون بن سعيد التنوخي .
المدونة الكبرى . رواية سحنون عن أبي القاسم عن مالك بن أنس . مطبعة السعادة . ط . الأولى . مصر 1323 هـ . وط . أخرى بالمطبعة الخيرية للخشب مع مقدمات ابن رشد 1324 .
- ابن سلمون . عبد الله أبو محمد .
العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام . ط . المطبعة البهية مصر 1302 هـ . بهامش تبصرة ابن فرحون . جزآن .
- السيناوي . حسن بن عمر بن عبد الله بن عمر .
مواهب الجليل في تطبيق ما جرى به القضاء والعمل على معاملات مختصر الفتوى لخليل . الناشر محمد الجديد وصاحب المكتبة الزيتونية نهج السرايرية عدد 21 تونس . المطبعة التونسية نهج سوق البلاط . تونس . سنة 1346 هـ .
- السيوطي . جلال الدين عبد الرحمن .
تنوير الحوالك شرح على موطأ الإمام مالك . ويلي كتاب إسعاف المبطل برجال الموطأ للسيوطي . ط . دار إحياء الكتب العربية لعيسى البابي الحلبي وشركائه . مصر . 3 أجزاء .
حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة . تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم . إحياء الكتب العربية . ط . أولى مصر . جزآن .
- ابن شاس . نجم الدين الجلال أبو محمد عبد الله بن محمد الجذامي السعدي .
عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة . مخطوط دار الكتب الوطنية تونس رقم 13483 .
- الشيرازي ، أبو اسحاق إبراهيم الشافعي .
طبقات الفقهاء ، تحقيق إحسان عباس . دار الرائد العربي . بيروت . لبنان .

- الصاوي ، أحمد بن محمد المالكي .
حاشية على شرح الصغير على أقرب المسالك للدردير . مطبوع مع الشرح المذكور تحقيق د . مصطفى كمال وصفي . ط . دار المعارف . مصر 1392 هـ . 4 أجزاء .
- ابن الصديق . أحمد بن محمد .
مسالك الدلالة في شرح متن الرسالة . دار العهد الجديد . مصر .
- الصغير . الزرويلي أبو الحسن .
تقييد على المدونة . مخطوط المكتبة الوطنية تونس رقم 12096 .
- الصفتي . يوسف ابن سعيد .
حاشية على الجواهر الزكية في حل ألفاظ العثمانية لأحمد بن تركي المالكي . المطبعة البية . مصر 1316 هـ .
- طاش كبرى زاده . أحمد بن مصطفى .
مفتاح السعادة ومصباح السيادة . دائرة المعارف النظامية ط . أولى . حيدر آباد . الهند . 1328 - 1356 هـ .
- ابن العماد . عبد الحي أبو الصلاح الحنبلي .
شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، سلسلة ذخائر التراث العربي . المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع بيروت . 8 أجزاء .
- عياض ، أبو الفضل بن موسى بن عياض اليحصبي السبتي (القاضي) .
ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك . تحقيق د . أحمد بكير محمود . بيروت .
وبتحقيق ابن تاووت وابن شريفة وأعراب ط . وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالملكة المغربية .
- ابن غازي . أبو عبد الله محمد المكناسي .
كليات المسائل الفقهية . ط . فاس على الحجر .
- ابن فرحون . ابراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد برهان الدين المدني اليعمري المالكي .
تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام . الطبعة الأخيرة بهامش فتح العلي للشيخ محمد عيش .
جزآن .
- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب ، بهامشه نيل الإيتاج بتطريز الديباج لأحمد بن أحمد بن
عمر بن محمد أقيت المعروف بابا التنبكتي ط . مطبعة السعادة . ط . الأولى . مصر 1329 هـ . وط . مكتبة
دار التراث القاهرة .
- ابن فرحون . محمد بن ابراهيم أبو اليمن .
المسائل الملقوطة من الكتب المبسوطة . نسخة خطية على ملك الشيخ محمد المجدوب .
- ابن الفرضي ، عبد الله بن محمد بن يوسف الأزدي أبو الوليد .
تاريخ العلماء والرواة للعلم بالأندلس ، سلسلة : من تراث الأندلس (3) ، نشر عزت العطار الحسيني .
مصر . سنة 1373/1954 . جزآن .

- الفيلاي أبو القاسم .
شرح العمليات الفاسية . نسخة خطية خاصة على ملك الأستاذ محمد أبو الأجفان .
- القرافي ، أحمد بن إدريس الصنهاجي شهاب الدين أبو العباس .
الفروق ، أنوار البروق في أنواء البروق ، طبع مع إدرار الشروق لابن الشباط . وتهذيب الفروق لمحمد بن علي بن الحسين . ط . مطبعة دار إحياء الكتب العربية ط . الأولى سنة 1344 هـ . أربعة أجزاء .
- القرضاوي ، يوسف .
فقه الزكاة ، دراسة مقارنة لأحكامها وفلسفتها في ضوء القرآن والسنة . ط . دار الإرشاد للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت . جزآن .
- ابن قيم الجوزية ، محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي شمس الدين أبو عبد الله .
أعلام الموقعين عن رب العالمين ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعيد . ط . دار الجيل . بيروت 1973 . أربعة أجزاء .
- الكافي ، محمد بن يوسف .
إحكام الأحكام على تحفة الحكام لابن عاصم . مطبعة الشرق . 1348 هـ .
- الكشناوي ، أبو بكر بن حسن .
أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك . ط . مطبعة الحلبي . ط . أولى . ثلاثة أجزاء .
- مخلوف ، محمد بن محمد .
شجرة النور الزكية . ط . المطبعة السلفية . القاهرة سنة 1349 هـ .
- المقرئ ، أحمد بن محمد التلمساني أبو العباس .
نفع الطيب من غصن الأندلس الرطيب ، تحقيق د . إحسان عباس . ط . دار صادر بيروت 1968 . 8 أجزاء .
- المقرئ ، محمد أبو عبد الله (الجد) .
عمل من طب لمن حب . مخطوط الخزانة العامة . الرباط رقم 1258 د .
قواعد المقرئ . مخطوط دار الكتب الوطنية . تونس رقم 14682 .
- المكناشي ، محمد بن عبد الله اليفرنى أبو عبد الله .
محالس القضاة والحكام . مخطوط دار الكتب الوطنية تونس . أول مجموع رقمه : 14892 .
- ابن المناصف ، محمد الأزدي أبو عبد الله .
تنبيه الحكام . مخطوط دار الكتب الوطنية تونس رقم 8892 وآخر رقم 8241 .
- هبكل ، أحمد .
الأدب الأندلسي .
- المواق ، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله .
الناج والإكليل مختصر خليل . مطبوع بهامش مواهب الجليل للحطاب ط . مطبعة السعادة . ط . أولى القاهرة 1328 هـ .

- ميارة ، محمد بن أحمد بن محمد المالكي الفاسي .
الدرّ الثمين والمورد المعين . الشرح الكبير ط . الحلبي 1373 هـ / 1954 م .
شرح على تحفة الحكام لابن عاصم . طبع مع حاشية ابن الرحال على الشرح المذكور ط . دار الفكر .
مختصر الدرّ الثمين والمورد المعين على المرشد المعين علي الفراوي مطبعة المنار تونس .
- ابن ناجي ، قاسم بن عيسى التنوخي .
شرح رسالة ابن أبي زيد . طبع مع شرح زروق على الرسالة . المطبعة الجمالية مصر 1332 هـ / 1914 م .
جزآن .
- أبو نعيم ، أحمد بن عبد الله الإصبهاني .
حلية الأولياء وطبقات الأصفياء ، دار الكتاب العربي ، بيروت . لبنان . سنة 1357 .

فهرس موضوعات الكتاب

5 الاهداء
7 تقديم العلامة أحمد بن عبد العزيز آل مبارك
10 رموز واشارات
35 - 11 المقدمة
15 ابن حارث وكتابه أصول الفتيا - تمهيد
24 كتاب أصول الفتيا
25 منهج الكتاب
28 أثر الكتاب في الحركة الفقهية
35 النسخة المعتمدة
37 كتاب أصول الفتيا
41 - 38 صور من المخطوط
43 مقدمة المؤلف
46 ذكر أبواب الكتاب
58 - 47 باب الوضوء
47	1 - [الماء المتغير]
47	2 - [المتغير بطاهر]
48	3 - [المختلف في طهارته]
48	4 - [المتغير بنجس]
48	5 - [ما يترتب على الملامسة]
49	6 - [ما يترتب عن مغيب الحشفة]
49	7 - [نسيان فرض أو سنة الوضوء]
50	8 - [نواقض الوضوء]

50	9 - [بول الحيوان]
51	10 - [انتفاض التيمم]
51	11 - [التيمم للصلاة]
52	12 - [نسيان عضو في الطهارة]
52	13 - [الصلاة في ثوب نجس]
52	14 - [غسل النصرانية]
53	15 - [الوضوء من مس الذكر]
53	16 - [صلاة من مس ذكره]
53	17 - [مسح بعض الرأس في الوضوء]
54	18 - [الاستنجاء]
55	19 - [التيمم ناسي الماء]
55	20 - [الوضوء من مس الفرج]
56	21 - [حيض المبتدأة]
56	22 - [حيض الحامل]
57	23 - [تيمم المسافر فاقد الماء والمريض والخائف]

باب الصلاة 59 - 67

59	24 - [نية الإقامة في السفر]
59	25 - [صلاة السفر]
59	26 - [عقد الركعة]
59	27 - [تدارك الفرض في الصلاة]
60	28 - [سجود السهو]
61	29 - [القيام في الصلاة]
61	30 - [الفاتحة في الصلاة]
61	31 - [السورة في الصلاة]
62	32 - [إدخال ما ليس من الصلاة في الصلاة]
62	33 - [إعادة الصلاة مع جماعة]
62	34 - [قصر صلاة المسافر]
63	35 - [صلاة المريض]
63	36 - [سهو الإمام]
64	37 - [بطلان صلاة المأموم ببطلان صلاة الإمام]
64	38 - [بطلان صلاة الإمام دون صلاة المأموم]
64	39 - [شروط الجمعة]
65	40 - [السجود الكامل]
65	41 - [صلاة من حضر الجمعة ممن لم تجب عليه]

65	42 - [سجود التلاوة]
65	43 - [ذكر صلاة في صلاة]
66	44 - [الجمع في المطر]
66	45 - [الجمع بين الظهر والعصر]
67	46 - [فوات الركعة على المسبوق]
67	47 - [من فاتته الجمعة لا يجمع]
67	48 - [تذكر الإمام صلاة نسيها]

باب الزكاة 68 - 75

68	49 - [نية القنية ونية التجارة]
69	50 - [زكاة القراض]
69	51 - [زكاة فائدة الذهب والفضة]
70	52 - [زكاة فائدة الماشية]
70	53 - [تقدير الدينار بالدراهم]
70	54 - [الاختلاط في الماشية]
71	55 - [زكاة الدين]
71	56 - [زكاة العروض]
72	57 - [الحول في زكاة المال]
72	58 - [زكاة نتاج الماشية]
72	59 - [زكاة الديون في التجارة]
73	60 - [زكاة الاجناس المتحدة]
74	61 - [زكاة الحبوب والثمار]
74	62 - [زكاة المعادن]
74	63 - [زكاة الركاز]
75	64 - [زكاة الفطر]

باب الصوم 76 - 79

76	65 - [الصوم حمى]
76	66 - [إفطار الناسي والمتأول]
77	67 - [وجوب القضاء]
78	68 - [ارتفاع عذر الإفطار نهارا]
78	69 - [وجوب الكفارة مع القضاء]
79	70 - [قضاء صوم المغمى عليه والمجنون]
79	71 - [الاعتكاف]

باب الحج 80 - 94

- 72 - [صيد المحرم] 80
- 73 - [لحم الصيد] 81
- 74 - [جزاء الصيد] 81
- 75 - [ما يجوز للمحرم قتله] 82
- 76 - [الفسل في الحج] 83
- 77 - [الخطب في الحج] 83
- 78 - [مواطن الدعاء] 84
- 79 - [الطواف في الحج] 85
- 80 - [الطهارة عند الطواف والسعي] 86
- 81 - [ركوب الطائف والساعي] 86
- 82 - [القصر في الحج] 86
- 83 - [سقوط الجمعة في الحج] 87
- 84 - [حكم من صُدَّ عن الوقوف بعرفة] 87
- 85 - [الدفع قبل الغروب] 87
- 86 - [التحلل من الإحرام] 88
- 87 - [الأيام المعلومات والأيام المعدودات] 89
- 88 - [المبيت بمنى] 89
- 89 - [حكم المحصر] 90
- 90 - [الصوم عند العجز عن الهدي] 91
- 91 - [الفدية وأنواعها] 92
- 92 - [الهدي وأنواعه] 93
- 93 - [أكل صاحب الهدي من هديه] 93

باب الجنائز 95 - 97

- 94 - [الأحق بغسل الميت والصلاة عليه] 95
- 95 - [الصلاة على المقتول في حد أو قصاص أو حراة] 95
- 96 - [المسبوق في صلاة الجنائز] 96
- 97 - [الصلاة على قاتل نفسه وعلى ولد الزنا] 96
- 98 - [حكم الشهيد] 96
- 99 - [غسل الميت في السفر] 96
- 100 - [السلام من صلاة الجنائز] 97
- 101 - [وقت الصلاة على الجنائز] 97

باب الجهاد 98 - 102

- 102 - [عقد الأمان] 98
 103 - [أموال المسلمين الواقعة في الغنيمة] 98
 104 - [ما وقع في الغنيمة من أموال الذميين] 99
 105 - [إسلام المشرك الذي بيده ذمي أو مال المسلمين] 99
 106 - [دخول الحربي أرض المسلمين بأمان] 100
 107 - [فداء المسلم من دار الحرب] 100
 108 - [قسمة الغنائم] 100
 109 - [ما يتنفع به من الغنائم دون إذن] 102
 110 - [رد العليج إلى مأمنه] 102

باب النذور والأيمان 103 - 107

- 111 - [نذر الصدقة بشئ معين] 103
 112 - [اليمين الموجبة للكفارة] 103
 113 - [اللغو في اليمين والطلاق والعتاق] 104
 114 - [الاستثناء في اليمين والطلاق والعتاق] 104
 115 - [البر في الأيمان والحنث فيها] 105
 116 - [تكرار اليمين بالله واليمين بالطلاق] 105
 117 - [النية والثبوت في اليمين] 106
 118 - [الاستثناء الذي لا ينفع] 106
 119 - [الحلف على الاسم العام] 106
 120 - [الحلف على الاسم المختص] 106
 121 - [الحلف على وجه الكراهية] 107
 122 - [الحنث موجب للكفارة] 107

باب ما يحل وما يحرم من الطعام 108 - 111

- 123 - [لحوم الطير والسباع، الهر والكلب] 108
 124 - [جنين الشاة] 108
 125 - [لا رخصة للظالم في أكل المحرم] 109
 126 - [المضطر لا يشرب الخمر] 109
 127 - [الانتفاع بما وقعت فيه فأرة] 109
 128 - [حكم الذبيحة التي لم يسم عليها] 109
 129 - [حكم الشراب المخلوط] 110
 130 - [صيد الكلب غير المعلم] 110

- 131 - [ذبيحة الصبي والمرأة] 111
 132 - [ما تنفع فيه الزكاة وما لا تنفع] 111
 133 - [الزكاة الشرعية] 111

باب ما يحل ومحرم من البيوع 112 - 124

- 134 - [البيوع الجائزة] 112
 135 - [بيع الغائب] 112
 136 - [بيع السلم] 112
 137 - [بيع الطعام قبل استيفائه] 113
 138 - [منع البيع الفاسد] 114
 139 - [بيع الدين] 114
 140 - [الجمع بين عقدين مختلفين] 115
 141 - [بيع الغائب بالخيار] 115
 142 - [اشتراط النقد في بيع الخيار والمواضعة والعهدة] 116
 143 - [بيع الآجال] 116
 144 - [شراء ما يختار من شيئين] 117
 145 - [بيع الفاسد] 117
 146 - [اجتماع الحلال والحرام في عقد واحد] 117
 147 - [بيع الطعام لأجل] 117
 148 - [بيع الدين على المديان] 118
 149 - [السلم في الطعام] 118
 150 - [ضمان المبيع كيلا أو وزنا] 119
 151 - [امتناع التفاضل في الطعام] 119
 152 - [تصنيف اللحم والحيوان] 120
 153 - [بيع اللحم بالحيوان] 120
 154 - [بيع الزيت والحنطة المبلولة] 120
 155 - [بيع الذهب والفضة] 121
 156 - [بيع المصحف والسيوف المحلّين] 121
 157 - [الآنية المحلاة بالفضة] 122
 158 - [الزيادة في القرض] 122
 159 - [الوضع من الدين وتعجيله] 123
 160 - [إحالة الدين] 123
 161 - [الاشتراط في البيع] 123

باب أحكام البيوع 125 - 133

- 162 - [فوات المبيع يباع فاسدا] 125

125	163 - [الاستثناء من المبيع]
125	164 - [المبيع المعيب أو المستحق]
127	165 - [اختلاف الأسواق وحوادثها]
127	166 - [ضمان ما يبيع مدلسا]
128	167 - [العيب الداخلي]
128	168 - [الضمان في بيع الخيار]
129	169 - [ضمان ما فأت عينه]
129	170 - [الصلح كالبيع]
129	171 - [الضمان في البيع]
130	172 - [حدّ التفريق بين الأم وولدها]
130	173 - [وضع الجائحة عن المشتري]
131	174 - [بيع البراءة]
132	175 - [بيع المراجعة]
132	176 - [الرد بالعيب بعد الاستغلال]
132	177 - [بيع الجارية على غير مواضعة]

باب أحكام الشفعة 134 - 138

134	178 - [ما تقع فيه الشفعة]
134	179 - [حق الورثة في الشفعة]
135	180 - [شفعة أصحاب السهام]
135	181 - [تعدد الشفعاء ومختلفي السهام]
135	182 - [حد انقطاع الشفعة]
136	183 - [مخاصة المشتري الشفيع في الدار المشتركة]
136	184 - [الشفيع وتعدد المشتريين]
137	185 - [الشفعة في مهر المرأة أو خلعها]
137	186 - [أخذ الشفيع الثمرة]
137	187 - [لا شفعة في الزرع]
137	188 - [الشفعة في العين والبئر]
138	189 - [التنازل عن الشفعة قبل استحقاقها]
138	190 - [ما تقع فيه الشفعة]

باب أحكام القسّم 139 - 144

139	191 - [القسمة بالقرعة]
139	192 - [قسمة المكيل والموزون]

140	193 - [القسم بالتحري]
140	194 - [ما لا يقسم بالتحري]
140	195 - [قسمة الأرضين]
140	196 - [قسمة العروض]
141	197 - [قسمة الدواب]
141	198 - [قسمة الرقيق]
141	199 - [قسمة سكنى البيت]
142	200 - [قسمة الأرض ذات الزرع]
142	201 - [ما يجبر على قسمته وما لا يجبر]
143	202 - [طرء الدين بعد قسمة التركة]
143	203 - [اختلاف الورثة في إخراج الدين]
143	204 - [ما يفسد وتزول منفعته بالقسم]
144	205 - [العيب في المقسوم]
144	206 - [قسمة مال العبد]
144	207 - [قسمة الثوب المشترك]

باب الإجازات 145 - 151

145	208 - [أنواع الإجازات]
146	209 - [الإجازات كالياعات]
146	210 - [شروط الجعل]
146	211 - [استئجار الطيب]
146	212 - [ما لا تجوز الإجارة فيه]
147	213 - [مراعاة العرف عند الاختلاف]
147	214 - [المعاملة على جزء مما لا كراء فيه]
147	215 - [العارض الذي تنفسخ به الإجارة والكراء]
147	216 - [ضمان صاحب الدابة]
148	217 - [ضمان ما تحمله السفن]
149	218 - [ضمان ما يحمله الاجراء]
149	219 - [كراء الدار مشاهرة]
149	220 - [تنظيف المراحض في الدور المكثرة]
150	221 - [انهزام الدور المكثرة]
150	222 - [كراء الأرض المأمونة]
150	223 - [كراء الأرض بالطعام]
151	224 - [كراء الأرض غير المأمونة]
151	225 - [غرق الأرض المزروعة]

226 - [ضمان الجوائح في الأرض المكتراة] 151

باب القراض 152 - 155

227 - [بماذا يكون القراض] 152

228 - [فساد القراض] 153

229 - [نفقة العامل في القراض] 153

230 - [واجبات العامل في القراض] 153

231 - [تصرف العامل الجائر] 154

232 - [الاشتراط على العامل] 154

233 - [شراء العامل لنفسه بمال القراض] 154

234 - [القراض الفاسد] 154

باب الشركة بالتراضي 156 - 160

235 - [انعقاد الشركة بالأموال أو بالأعمال] 156

236 - [شركة العنان] 157

237 - [عقد الشركة] 157

238 - [ما يلزم الشريك من تصرف شريكه] 158

239 - [الاشتراك بالآلة] 158

240 - [المزارعة في الأرض الزهيدة] 158

241 - [الشركة بالسلع] 158

242 - [الشركة بالطعام] 158

243 - [الشركة بالدنانير] 158

244 - [ما لا يلزم الشريك من تصرف شريكه] 159

245 - [الشركة في الحرث] 160

246 - [المغارسة] 160

باب الشركة الداخلة بغير تراض 161 - 165

247 - [استحقاق الأرض بعد البناء فيها] 161

248 - [استحقاق الثوب أو الغزل] 161

249 - [ضمان الصانع الذين لهم وجه شبهة] 162

250 - [الضمان في حالة التعدي] 163

251 - [صبغ الثوب المسروق] 164

252 - [تغيير ما اشترى معييا] 164

253 - [صبغ العامل ثياب القراض] 165

باب يحل ويحرم من النكاح 166 - 172

- 254 - [الجمع بين المحارم] 166
- 255 - [التحريم بالرضاعة] 167
- 256 - [التحريم بالمصاهرة] 167
- 257 - [التحريم بوطء الإماء] 168
- 258 - [الوطء بشبهة] 168
- 259 - [حرمة الوطء في الاستبراء] 168
- 260 - [حالات التحريم المؤبد] 169
- 261 - [تحريم أخت الأمة] 169
- 262 - [إسلام من نكحته أكثر من أربع] 170
- 263 - [أنواع النكاح المحرمة] 170

باب ما يفسخ به النكاح بعد انعقاده 173 - 180

- 264 - [وجوه فسخ ما تم من النكاح] 173
- 265 - [الإيلاء] 173
- 266 - [العجز عن الوطء] 173
- 267 - [العنة والحصر] 174
- 268 - [أجل المعترض] 174
- 269 - [عيوب الزوجة] 175
- 270 - [عيوب الزوج] 176
- 271 - [ردة الزوج] 176
- 272 - [فقدان الزوج] 176
- 273 - [الإعسار بالنفقة] 177
- 274 - [الإعسار بالصداق] 177
- 275 - [لعان الزوج زوجته] 177
- 276 - [ملك أحد الزوجين الآخر] 177
- 277 - [الاختلاف في الصداق] 178
- 278 - [تزوج الأمة] 178
- 279 - [عتق الأمة تحت العبد] 178
- 280 - [الخلاف وبعث الحكيم] 178
- 281 - [اختيار الزوجة الفراق] 179
- 282 - [الحنث في يمين الطلاق] 179
- 283 - [أنواع أخرى من الطلاق] 179

باب أحكام النكاح 181 - 190

- 284 - [فسخ النكاح الفاسد] 181
- 285 - [استحقاق نصف الصداق] 181
- 286 - [طلاق زوجة المفقود] 182
- 287 - [الزواج في العدة] 182
- 288 - [إلحاق النسب في وطء درئ فيه الحد] 182
- 289 - [وجوب العدة] 182
- 290 - [النكاح بعقد الغير] 183
- 291 - [نكاح العبد بغير إذن سيده] 183
- 292 - [نكاح الأمة بغير إذن سيدها] 183
- 293 - [عقد الأخ نكاح أخته البكر] 183
- 294 - [قبض الولي الصداق] 184
- 295 - [لزوم يمين الطلاق] 184
- 296 - [النكاح الفاسد بسبب الصداق] 184
- 297 - [رجوع الزوج بقيمة الصداق أو بمثله] 184
- 298 - [رجوع الزوجة بما حطته من الصداق] 185
- 299 - [اشتراط الزوجة ألا يتزوج عليها] 185
- 300 - [الدخول لا يعجل الصداق] 186
- 301 - [رجوع المطلق على زوجته] 186
- 302 - [نكاح المريض] 187
- 303 - [حقوق زوج الأمة وواجباته] 187
- 304 - [استحقاق الزوجة النفقة] 187
- 305 - [إحصان الزوج] 188
- 306 - [إسلام الزوجة قبل زوجها] 188
- 307 - [إسلام الزوج قبل زوجته] 188
- 308 - [اشتراط الزوج التملك] 189

باب الطلاق 191 - 206

- 309 - [الطلاق السني] 191
- 310 - [وجوب النفقة للمطلقة رجعياً] 192
- 311 - [استحقاق الحامل للنفقة] 192
- 312 - [استحقاق المعتدة للسكنى] 192
- 313 - [من ألفاظ الطلاق] 192
- 314 - [التصريح بالطلاق خطأ] 192

- 315 - [ادعاء عدم الطلاق بعد التصريح به] 193
 316 - [التراجع في يمين الطلاق] 193
 317 - [تعليق الطلاق بأجل] 193
 318 - [الحلف بطلاق من لم يتزوجها] 193

[الإيلاء والظهار واللعان والخلع] 194 - 201

- 319 - [ظهار الرجل ممن لم يتزوجها] 194
 320 - [أنواع الإيلاء] 195
 321 - [متعة المطلقة] 196
 322 - [الطلاق ثلاثاً] 196
 323 - [تخير الزوجة] 196
 324 - [تمليك الزوجة] 197
 325 - [حد خيار الزوجة وتمليكها] 197
 326 - [الظهار من أجنبية] 198
 327 - [الإيلاء من أجنبية] 198
 328 - [وجوب الكفارة على المظاهر] 198
 329 - [شروط العبد في كفارة الظهار] 199
 330 - [أوجه اللعان] 199
 331 - [مخالفة الولي] 199
 332 - [الخلع بالفرار] 200
 333 - [طلاق الحكيم] 201

[الحضانة] 201

- 334 - [استحقاق الحضانة] 201

باب العدد والاستبراء 202 - 206

- 335 - [عدة الحرة من الوفاة] 202
 336 - [عدة الحرة من الطلاق] 203
 337 - [عدة الحرة المستحاضة] 204
 338 - [عدة الحرة المسترابة] 204
 339 - [عدة الأمة من الوفاة] 204
 340 - [عدة الأمة من الطلاق] 205
 341 - [المرأة المرتابة] 205
 342 - [الاستبراء بحيضة] 205

205 [عدة أم الولد]	343 -
206 [عدة الحامل واستبراءها]	344 -
206 [استبراء الأمة]	345 -
206 [استبراء أم الولد]	346 -
206 [لا إحداد على أم الولد]	347 -

باب من يجب عتقه ومحرم ملكه 207 - 209

207 [العتق بالقرابة]	348 -
207 [العتق بالمثلثة]	349 -
208 [عتق الشقص من العبد]	350 -
208 [التمثيل بالمكاتب]	351 -
208 [إسلام عبيد المحاريين]	352 -
209 [الإفراج بحرية العبد ثم شراؤه]	353 -
209 [عتق أم الولد إذا حرم الاستمتاع بها]	354 -
209 [الشك والنسيان في العتق]	355 -

باب أحكام العتق 210 - 214

210 [الحلف بحرية العبد]	356 -
210 [موت السيد قبل البر باليمين]	357 -
211 [عتق المريض لجملة من عبيده]	358 -
211 [عتق الصحيح لجملة من عبيده]	359 -
211 [المعتق نصيبه من عبد]	360 -
211 [عتق العبيد المخلوف بحريتهم]	361 -
212 [رجوع اليمين على الخالف بحرية عبده]	362 -
212 [الخالف بحرية عبد يشتريه]	363 -
213 [العتق مقابل مال]	364 -
213 [عتق الجنين]	365 -
213 [عتق عبد غير معين]	366 -

باب أحكام أم الولد 215 - 219

215 [نسب ولد الأمة]	367 -
216 [سقط الأمة]	368 -
216 [استلحاق ولد الأمة]	369 -
217 [شراء الرجل زوج الأمة]	370 -

217 [بيع أم الولد]	371 -
217 [استلحاق اللقيط]	372 -
218 [وطء الأمة المشتركة]	373 -
218 [انتزاع مال أم الولد]	374 -
218 [الجنابة على أم الولد]	375 -
218 [جنابة أم الولد]	376 -
219 [سبي أم الولد]	377 -

باب أحكام المكاتب 220 - 224

220 [تعجيل الكتابة]	378 -
220 [تعجيز المكاتب نفسه]	379 -
221 [اشتراك العبدین في كتابة واحدة]	380 -
221 [الذي يدخل مع المكاتب من المعتقين]	381 -
222 [رجوع المكاتب على من معه في كتابته]	382 -
222 [بيع الكتابة]	383 -
223 [كتابة أحد الشريكين]	384 -
223 [القطاعة في الكتابة]	385 -
224 [الوصية بالكتابة]	386 -
224 [الجنابة على المكاتب]	387 -
224 [جنابة المكاتب]	388 -

باب أحكام المدبر 225 - 227

225 [عتق المدبرين]	389 -
225 [تقويم المدبر الذي له مال]	390 -
226 [عتق العبد بعد الموت]	391 -
226 [تدبير العبد المشترك]	392 -
226 [الجنابة على المدبر]	393 -
227 [جنابة المدبر]	394 -

باب أحكام الولاء 228 - 229

228 [عودة الولاء]	395 -
228 [إذن السيد عبده بالعتق]	396 -
229 [الولاء الضائع]	397 -
229 [ولاء أولاد المعتق لسيده]	398 -

399 - [الولاء لا يورث] 229

400 - [ترتيب الموالي] 229

باب أحكام الموارث 231 - 234

401 - [قاتل الشخص لا يرثه] 231

402 - [الميراث بالولاء] 232

403 - [ميراث القبيلة] 232

404 - [ميراث الدية والغرة] 232

405 - [يرث المولود ويورث بالاستهلال] 232

406 - [التوارث بين ملتين] 233

407 - [ميراث الذمي] 233

408 - [لا ميراث بشك] 233

409 - [الميراث في الولاء للأقعد فالأقعد] 234

باب أحكام المديان 235 - 238

410 - [ما يمضي من تصرف المديان وما لا يمضي] 235

411 - [ضمان مال المديان] 236

412 - [أحقية الغرماء بعضهم من بعض] 237

باب الحملات 239 - 242

413 - [أحكام الحمل بالوجه] 239

414 - [أحكام الحمل بالمال] 240

415 - [ضمان الحمل] 241

416 - [ضمان حميلين بحق] 241

[باب الحوالة] 243 - 244

417 - [الحوالة الصحيحة] 243

418 - [تأخير المطلوب تأخير للكفيل] 244

باب الرهن 245 - 248

419 - [احتباس الرهن] 245

420 - [بيع الرهن] 245

421 - [ما يلحق بالرهن وما لا يلحق من نسل وغلة] 246

- 422 - [النفقة على الرهن وعلى الضالة] 246
 423 - [ضمان الرهن] 246
 424 - [مال العبد المرتهن] 247
 425 - [أحكام الجارية المرتهنة] 247
 426 - [استعمال الرهن واجارته] 248

باب الأحباس 249 - 252

- 427 - [قبض العطايا شرط نفاذها] 249
 428 - [تصرف الحبس في الحبس] 249
 429 - [بيع الحبس واستبداله] 250
 430 - [رجوع الحبس إلى محبسه] 250
 431 - [من صيغ التحسيس] 251
 432 - [تحسيس الدار للسكنى] 252

باب الهبات 253 - 258

- 433 - [هبة العبد] 253
 434 - [هبة الغلة] 253
 435 - [اعتصار الهبة] 254
 436 - [اعتصار الأب] 254
 437 - [اعتصار الأم] 255
 438 - [هبة الثواب] 255
 439 - [فوت الهبة] 256
 440 - [الهبة التي لا ثواب فيها] 257
 441 - [هبة الفقير للغني] 257
 442 - [هبة الثواب كالبيع] 257
 443 - [الثواب المعبى] 258

باب حوز العطايا 259 - 263

- 444 - [حوز العطية] 259
 445 - [حوز الأب لأولاده] 260
 446 - [موت المهدي قبل وصول هديته] 261
 447 - [هبة العبيد] 261
 448 - [جعل الدار المتصدق بها عند رجل] 263
 449 - [الإشهاد في الهبة] 263

- 450 - [حيازة الأرض الموهوبة] 263
 451 - [حوز الأم لولدها] 263

باب أحكام الوصايا 264 - 269

- 452 - [الوصية بأزيد من الثلث] 264
 453 - [ما يخرج من رأس المال] 265
 454 - [الوصية في ثلث المال المعلوم للميت] 265
 455 - [ما يضرب في الوصية للأفعال التي لم تسم لها غاية] 265
 456 - [ترتيب الوصايا إذا ضاق بها الثلث] 266
 457 - [الوصية بالكتابة أو العتق مع وصايا أخرى] 267
 458 - [الوصية في المرض] 268
 459 - [الوصيتان المتلاحقتان] 268
 460 - [إذن الورثة بالإيصاء بأكثر من الثلث] 268
 461 - [الوصية بشيء واحد لاثنتين] 269

باب حكم المريض 270 - 275

- 462 - [التصرف المالي للمريض] 270
 463 - [طهارة المريض] 270
 464 - [صلاة المريض] 271
 465 - [زكاة المريض] 271
 466 - [حج المريض] 271
 467 - [صوم المريض] 272
 468 - [عطايا المريض] 272
 469 - [من يلحق بالمريض] 272
 470 - [نكاح المريض وطلاقه] 273
 471 - [حد المريض] 274
 472 - [شراء المريض من يعتق عليه] 274
 473 - [اقرار المريض بدين] 274
 474 - [سهم المريض في الجيش] 275

باب التداعي 276 - 298

- 475 - [اختلاف المتبايعين في الثمن] 276
 476 - [القراض بالفلوس] 278
 477 - [اختلاف المتبايعين في قدم العيب] 279

280	478 - [الاختلاف في تمام البيع]
280	479 - [اختلاف الأمر والأمور]
281	480 - [الاختلاف في السلم]
281	481 - [الاختلاف بعد القسمة]
282	482 - [اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن]
283	483 - [مدعي العلم مقدم على مدعي الجهل]
283	484 - [الاختلاف في رد المصنوع]
283	485 - [الاختلاف بين المكري والمكثري]
284	486 - [الاختلاف في المسافة والاختلاف في الثمن]
284	487 - [الاختلاف في قبض أجر الصناعات والجمالين]
284	488 - [الاختلاف في قبض دين الرهن]
284	489 - [الاختلاف فيما يكون في الدار المكراة]
285	490 - [الاختلاف في زرع الأرض]
285	491 - [ادعاء رد المكثري]
285	492 - [الاختلاف في رد الرهن]
286	493 - [الاختلاف في الصداق]
286	494 - [اليمين في دعوى النكاح]
286	495 - [الاختلاف في إصابة العينين وزوجه بعد الأجل]
286	496 - [ادعاء المرأة أن زوجها عنين]
287	497 - [الاختلاف في متاع البيت]
287	498 - [الاختلاف في المسيس]
288	499 - [الاختلاف في الطلاق وفي العتق]
288	500 - [ادعاء رجل على آخر أنه عبده]
289	501 - [الاختلاف في العتق بمال]
289	502 - [الاختلاف فيما وقعت عليه الكتابة]
289	503 - [الاختلاف في حلول نجم الكتابة]
289	504 - [الاختلاف في الحلف بالطلاق والعتاق]
290	505 - [الاختلاف بين الراهن والمرتهن]
291	506 - [الاختلاف في حلول أجل الدين]
291	507 - [الاختلاف في تعيين دين الرهن]
291	508 - [ادعاء الرجل أن ما تلف بيده وديعة]
292	509 - [الاختلاف بين عامل القراض ورب المال في نسبة الربح]
292	510 - [اختلاف رب الثوب والصباغ]
292	511 - [الاختلاف في مال القراض]
292	512 - [تداعي الشفيع والمشتري في القسمة]
293	513 - [تداعي الورثة والموهوب له]

293	514 - [اختلاف المرتين والغرباء في وقت قبض الرهن]
293	515 - [اختلاف القادي والمفدى]
293	516 - [اختلاف الزوجين في النفقة]
294	517 - [اختلاف السيد وامته في الولد]
294	518 - [تداعي الوصى والموصى عليهم بعد بلوغهم]
294	519 - [التداعي في الجراح]
294	520 - [التداعي في الوطاء]
295	521 - [اختلاف الأولاد في دين أبيهم الميت]
295	522 - [تداعي الورثة وزوجة الميت]
296	523 - [الاختلاف في بيع الأمة وتزويجها]
296	524 - [ميراث الجارية]
297	525 - [التداعي في الشيء الواحد]
298	526 - [ادعاء رجلين على بعضهما بالعبودية]
298	527 - [ادعاء المرأة أن اللقيط ولدها]

باب التحالف 299 - 304

299	528 - [رد اليمين]
299	529 - [الحلف على البت والحلف على العلم]
300	530 - [الحلف يكون بالله]
301	531 - [تحالف المختلفين في البيع]
301	532 - [مكان الحلف في القسامة]
301	533 - [مكان الحلف في اللعان]
302	534 - [الحلف يكون إما قياماً وإما قعوداً]
302	535 - [يمين القضاء]
303	536 - [الدعوى في الحقوق لا تكون إلا بالخطأ]
303	537 - [اليمين في الدعوى الموجهة للقصاص]
303	538 - [النكول عن القسامة]
304	539 - [الحلف على ما في العلم]
304	540 - [خروج المرأة للحلف]

باب الإقرار 305 - 312

305	541 - [تفسير المقر لإقراره]
305	542 - [الرجوع عن الإقرار]
306	543 - [الاستثناء بعد الإقرار]

306	544 - [الإقرار في حال الصحة]
306	545 - [الإقرار في حال المرض]
307	546 - [بساط الكلام في الإقرار]
307	547 - [الإقرار للسمعة]
307	548 - [ادعاء وقوع الطلاق في الصبا أو الجنون]
308	549 - [الهزل في الإقرار]
308	550 - [إجتماع الإقرار والبيئة]
309	551 - [إقرار الورثة]
309	552 - [إقرار العامل في القراض]
309	553 - [الإقرار بالقتل على وجه الخطأ]
310	554 - [إقرار اللقيط بأنه عبد]
310	555 - [إقرار المرأة بالنكاح]
310	556 - [الإقرار للطفل وللجنين]
311	557 - [إقرار مجهول الحال بالرق]
311	558 - [الإبراء من الحقوق]
311	559 - [الاستثناء مع الإقرار]
311	560 - [الرجوع في الإقرار بالزنا]
312	561 - [إقرار الرجل بولادة جاريته منه]

باب الإكراه 313 - 316

313	562 - [معنى الإكراه]
313	563 - [الإكراه على إذابة الغير]
313	564 - [الإكراه على البيع]
314	565 - [الإكراه على الإقرار]
314	566 - [إكراه المرأة أو الولي على النكاح]
314	567 - [الإكراه على سبب البيع]
314	568 - [الإكراه على اتلاف ماله أو قطع يده]
315	569 - [الإقرار عند السلطان]
315	570 - [الإقرار في السجن]
315	571 - [الإكراه على الكفر والمعاصي]
316	572 - [الإكراه على فعل واجب]
316	573 - [العتق خوفا من السلطان]

باب الشهادات 317 - 322

317	574 - [شهادة الخصم والظنين]
-----	-------	-----------------------------

317	575 - [الشهادة يفسرها الشهود]
318	576 - [سقوط بعض الشهادة]
318	577 - [الشهادة المردودة لعلّة]
319	578 - [شهادة النساء]
320	579 - [الإشهاد على الشهادة]
320	580 - [ما تصحّ فيه شهادة السماع]
320	581 - [شهادة السماع في الولاء]
320	582 - [الشهادة بالميراث]
321	583 - [اختلاف الشاهدين]
321	584 - [تضاد الشهادتين]
322	585 - [ابطال الشهادة عند تكذيبها]

باب الأقضية 323 - 329

323	586 - [حكم القاضي بعلمه]
323	587 - [وجوه أحكام القضاة]
324	588 - [مرجع القاضي في الحكم]
325	589 - [حكم القاضي على من لا تجوز شهادته عليه]
325	590 - [تنفيذ كتاب القاضي إلى قاض آخر]
325	591 - [ما يقوم به القاضي عند التداعي لديه]
326	592 - [توقيف المدعى فيه]
326	593 - [الحميل بالمال]
326	594 - [أنظار الشفيع]
326	595 - [تنفيذ الصدقة]
327	596 - [رجوع الخوارج إلى جماعة المسلمين]
327	597 - [الحكم فيما بين أهل الذمة]
328	598 - [الأرض لمن أحيّاها]
328	599 - [الرجوع في الشهادة]
328	600 - [حرم البئر]
329	601 - [ضمان ما أثلفته النار]
329	602 - [الحيّزة وصفتها]
329	603 - [الخروج بالمدعى فيه]

باب الديّات 331 - 335

331	604 - [الدية في قتل النفس]
-----	-------	------------------------------

- 605 - [الدية الكاملة في غير النفس] 332
 606 - [دية المرأة] 334
 607 - [دية الذمي والمجوسي والجنين] 334
 608 - [الدية في جنايات أخرى] 334
 609 - [دية الجنين المستحل] 335
 610 - [دية المرتد] 335

باب القسمة 336 - 338

- 611 - [أوجه القسمة] 336
 612 - [القسمة مع الشاهد الواحد] 337
 613 - [الخالف في قسمة العمد] 337
 614 - [القسمة في العمد على واحد والقتل في القسمة في واحد] 338
 615 - [انبناء القسمة على قول القاتل] 338

باب احكام القتل والجراح 339 - 345

- 616 - [الفرق بين العمد والخطا] 339
 617 - [القصاص من الوالد] 340
 618 - [التكافؤ في القصاص] 340
 619 - [الجرح القاتل] 340
 620 - [الجرح المفضي إلى ذهاب جراحة] 340
 621 - [الدية عند العفو] 340
 622 - [بماذا يقتص من القاتل] 341
 623 - [امتناع القاتل من غرم الدية عند العفو] 341
 624 - [ثبوت السن بعد القلع] 341
 625 - [دية كعب المرأة] 342
 626 - [ما لا تحمله العاقلة] 342
 627 - [القصاص من الموضحة] 342
 628 - [اسقاط ضرر صبي] 343
 629 - [تحمل الدية] 343
 630 - [ضمان صاحب الحفير] 343
 631 - [العمد في القتل والجراح] 343
 632 - [حمل الدية المغلظة] 344
 633 - [دية العمد تكون في مال القاتل] 344
 634 - [القصاص من الحر والعبد] 344

باب حدّ القذف 347 - 346

- 635 - [ما يجب به حد القذف] 346
 636 - [القذف بوطء محرم] 346
 637 - [حد تقي النسب] 347
 638 - [العفو عن القاذف] 347

باب حد الزّنا 350 - 348

- 639 - [درء الحد بالشبهة] 348
 640 - [عدم الجمع بين الرجم والحد] 348
 641 - [الحد بعد البلوغ] 348
 642 - [ما يضمّ وما لا يضمّ من الحدود] 349
 643 - [حد من اشترى أخته] 349
 644 - [ما فيه الحد وما لا حدّ فيه من النكاح] 349

باب حد السرقة 352 - 351

- 645 - [تقوم السرقة] 351
 646 - [سرقة الجماعة] 351
 647 - [وجوب القطع] 352
 648 - [حرز المسروق] 352
 649 - [ضمان السارق] 352
 650 - [حد المحارب] 352

باب احكام الغائب 358 - 353

- 651 - [القضاء على الغائب] 353
 652 - [نفقة الغائب على زوجته] 354
 653 - [ميراث الغائب] 354
 654 - [عفو الغائب عن الدم] 354
 655 - [شفعة الغائب] 354
 656 - [ظهور الغائب بعد نعيه] 355
 657 - [استحقاق السيد عبيده بعد غيبته] 355
 658 - [رد زوج الغائب إليه] 355
 659 - [الأحكام الناجمة عن فقد الزوج] 356
 660 - [متى يكون الزوج أحق بزوجه] 356
 661 - [حالات فقد الزوج] 357

باب احكام البنيان 365 - 359

- 662 - [التداعي في الجدار] 359
 663 - [اتخاذ باب للدار] 359
 664 - [كنس المرحاض] 360
 665 - [تصرف صاحب العلو] 360
 666 - [السكنى على وجه الارتفاق] 361
 667 - [دخول محل الجار لاصلاح جدار خاص] 361
 668 - [اصلاح الجدار المشترك] 361
 669 - [اصلاح الجدار الخاص] 362
 670 - [رفع خشب جدار بين دارين] 362
 671 - [اصلاح البئر في حائط المساقاة والأرض المكتراة] 362
 672 - [اصلاح الجدران] 363
 673 - [اصلاح البيت المشترك إذا تقدم] 364
 674 - [اصلاح البئر المشتركة بين حائطين] 364
 675 - [إقامة الرحى المشتركة] 364
 676 - [البنيان الذي يضر بالاندر] 364

باب حكم المجهول 371 - 366

- 677 - [طلاق إحدى الزوجتين من غير تعيين] 366
 678 - [طلاق الشك] 367
 679 - [سقوط دينار في مائة دينار ثم تلف واحد منها] 368
 680 - [حكم اللقيط] 368
 681 - [قيمة الرهن الضائع] 369
 682 - [تجاهل ثمن الشفعة] 369
 683 - [تقديم الدين على الحبس إذا جهل السابق منها] 370
 684 - [حكم اللقطة] 370
 685 - [تنصر الأسير المسلم] 371
 686 - [موت الوارث والموروث وجهل السابق منها] 371
 687 - [تحري القبله ورمضان عند جهلها] 371

باب الاثلاث 375 - 372

- 688 - [أقل الصداق] 372
 689 - [قطع يد السارق] 373
 690 - [يمين في مقطع الحق] 373

- 691 - [تصرّف المرأة في مالها] 373
 692 - [الوضع من الجائحة] 374
 693 - [ما تحمله العاقلة] 374
 694 - [دية المرأة] 374
 695 - [شراء العبد للعتق] 374
 696 - [بيع العبد للعتق] 374
 697 - [الاستثناء من بيع الجزاف] 375
 698 - [بيع السيف والمصحف المفضضين] 375
 699 - [استثناء الثمرة في الأرض المكتراة] 375

باب الشروط 376 - 379

- 700 - [احترام الشروط] 376
 701 - [اشتراط المودع الضمان] 377
 702 - [اشتراط الضمان على المستعير] 377
 703 - [اشتراط الصانع عدم الضمان] 377
 704 - [اشتراط توقّف البيع على أجل للثمن] 377
 705 - [اشتراط عدم إسكان الغير] 378
 706 - [اشتراط الزوجة عدم ترحيلها وعدم التزوّج عليها] 378
 707 - [اشتراط المؤكّل التصديق في الدفع] 378
 708 - [اشتراط الكفالة بالوجه] 379

باب الاستحقاق 380 - 383

- 709 - [استحقاق المبيع من يد مشتريه] 380
 710 - [استحقاق الأمة بعد أن ولدت] 381
 711 - [استحقاق الأرض بعد البناء فيها] 381
 712 - [استحقاق الأرض بعد زرعها] 381
 713 - [استحقاق النخل بعد العناية بها] 382
 714 - [استحقاق الثمن أو الثمنون] 382
 715 - [استحقاق الثمنون بعد نقد الثمن] 382
 716 - [استحقاق رأس مال السلم] 383
 717 - [استحقاق العبد] 383
 718 - [غلّة المفصوب والنفقة عليه] 383

باب الضمان 384 - 390

- 719 - [الضمان نوعان] 384

- 720 - [الضمان في الخطأ والتقصير] 386
- 721 - [ضمان من فعل ما يجب على السلطان] 386
- 722 - [ضمان المنفعة] 386
- 723 - [ضمان الصنّاع] 386
- 724 - [ضمان ما يغاب عليه] 387
- 725 - [ضمان ما لا يغاب عليه] 387
- 726 - [ضمان المودع] 387
- 727 - [تعدي مكثري الدابة] 388
- 728 - [ضمان ما تصيبه الماشية] 388
- 729 - [ضمان ما يطرح من السفينة خوف الفرق] 389
- 730 - [تقدير قيمة المغصوب يوم الغصب] 389
- 731 - [ثبوت الإقرار السابق] 389
- 732 - [ضمان ما أتلّف من العروض] 389
- 733 - [ضمان ما تغيّر بصنع] 390
- 734 - [ضمان من ترك باب مفتوحاً] 390

باب الأمانة 391

- 735 - [الأمانة المصدقون] 391

باب الوكيل 394 - 396

- 736 - [أفعال الوكيل المفوض] 394
- 737 - [ضمان الوكيل] 394
- 738 - [تعدي المأمور ما أمر به] 395
- 739 - [دفع الوكيل بدون بيّنة] 396
- 740 - [ضمان ما ضاع في الطريق] 396

باب الوالد 397 - 401

- 741 - [إبرام الوالد عقود ولده] 397
- 742 - [إقرار الوالد على ابنه] 397
- 743 - [شراء الوالد نفسه من مال ولده] 398
- 744 - [شهادة الأب] 398
- 745 - [نفقة الوالد على ولده] 398
- 746 - [هبة الوالد من مال ولده] 389
- 747 - [عتق الوالد رقيق ولده] 399

399	748 - [شروط الأب في نكاح ابنه]
399	749 - [وطء الأب جارية ابنه أو أم ولده]
400	750 - [تحاصم الأب والابن]
400	751 - [حوز الوالد]
400	752 - [اعتصار الوالد]
401	753 - [ولاء الوالد]
401	754 - [الولد على دين أبيه]
401	755 - [ملك الابن لأبيه]

باب احكام الصبي 402 - 407

402	756 - [رق الصبي وحرثه]
402	757 - [دين الصبي]
404	758 - [عقود الصبي]
404	759 - [جنایات الصبي]
404	760 - [اختبار الصبي بالتجارة]
405	761 - [تصرف الصبي]
405	762 - [الاحصان بزواج الصبي والصبية]
405	763 - [زنا الصبي]
406	764 - [عقد نكاح الصبي والصبية]
406	765 - [المخالعة عن الصبية]
406	766 - [استهلال المولود وما ينشأ عنه]
406	767 - [عدم مضي تصرف الصبي]
406	768 - [لا سهم للصبي في القتال]
407	769 - [عدم مضي عقد ولي الصبي]

باب الوصي 408 - 413

408	770 - [عدالة الوصي]
408	771 - [رجوع الوصي]
409	772 - [تصرف الوصي]
409	773 - [شراء الوصي من مال اليتيم]
409	774 - [بيع ربيع اليتيم]
409	775 - [شهادة الوصي]
410	776 - [القسمة على الكبار]
410	777 - [تصرف الوصيين]
411	778 - [بيع الوصي مال الميت]

411	779 - [تولي الوصي الخصام]
411	780 - [وصي الوصي]
412	781 - [قضاء الوصي الدين]
413	782 - [وصي الأم]
413	783 - [القسمة بين الأطفال]

باب أحكام السفية 416 - 414

414	784 - [تصرف السفية]
414	785 - [رشد اليتيم]
415	786 - [من تصرف السفية]
415	787 - [حنف المستند مع الشاهد]
415	788 - [رواج السفية]

باب أحكام العبد 424 - 417

417	789 - [لا تجب الجمعة على العبد]
417	790 - [امامة العبد]
418	791 - [زكاة العبد]
418	792 - [حج العبد]
418	793 - [صوم العبد الكفارة]
419	794 - [مال العبد]
419	795 - [تجارة العبد]
419	796 - [هبة العبد وعنتقه]
419	797 - [إقرار العبد]
420	798 - [رد السيد أفعال عبده]
420	799 - [شهادة العبد]
420	800 - [انكاح العبد والأمة]
421	801 - [طلاق العبد]
421	802 - [عدة الأمة]
421	803 - [حد العبد]
422	804 - [قطع العبد السارق]
422	805 - [خيار الأمة بعد عتقها]
422	806 - [صداق العبد]
422	807 - [مال العبد بعد عتقه]
423	808 - [جناية العبد]

- 809 - [نظر العبد شعر سيده] 423
 810 - [عقوبة العبد القاتل] 423
 811 - [العبد المرسل بالقذف] 424

باب أحكام المرأة 430 - 425

- 812 - [المسح على الظفائر] 425
 813 - [أذان المرأة وإقامتها] 425
 814 - [إمامة المرأة] 425
 815 - [عقد المرأة النكاح] 426
 816 - [مكان المرأة في صلاة الجماعة] 426
 817 - [جمعة المرأة] 426
 818 - [قضاء المرأة الصوم] 426
 819 - [خروج المرأة إلى المسجد] 427
 820 - [رشد المرأة وتصرفها] 427
 821 - [حج المرأة] 428
 822 - [شهادة المرأة] 429
 823 - [دية المرأة] 430
 824 - [إقرار المرأة بالنكاح] 430
 825 - [سهم المرأة من الغنائم] 430

باب أحكام الذمي 437 - 431

- 826 - [الحكم على الذمي عند النزاع] 431
 827 - [حلف الذمي] 431
 828 - [ضمان ما أتلف الذمي] 432
 829 - [إسلام غيب الذمي] 432
 830 - [إسلام الذمي المتزوج] 43
 831 - [إسلام الذمية] 43: 3
 832 - [عتق الذمي وتدييره] 433
 833 - [خروج أهل الذمة] 433
 834 - [شراء الذمي عبدا مسلما] 434
 835 - [بيع الذمي خمرًا من مسلم] 434
 836 - [معاملات الذمي قبل إسلامه] 434
 837 - [شراء أهل الذمة بعضهم بعضًا] 434
 838 - [زنا الذمي] 435
 839 - [قضاء دين الذمي بعد موته] 435

- 435 [وصية الذمي] 840 -
- 436 [غنم الذمي] 841 -
- 436 [دية الذمي] 842 -
- 436 [لا زكاة على الذمي] 843 -
- 436 [جزية الذمي] 844 -
- 437 [تعشير تجارة الذمي] 845 -
- 437 [حقوق الذمي إذا أسلم] 846 -

